

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ADMINISTRATION

DE LA

JUSTICE MUSULMANE
EN ALGÉRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

MAURICE GENTIL

JUGE DE PAIX A KENCHELA

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1895



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550230_0017

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ADMINISTRATION

DE LA

JUSTICE MUSULMANE EN ALGÉRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 25 juin 1895, à 8 heures 1/2,

PAR

MAURICE GENTIL

JUGE DE PAIX A KENCHELA (ALGÉRIE)

Président : M. LEVEILLÉ.

*Suffragants : { MM. LE POITTEVIN, professeur.
CHÉNON, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1895



A LA MÉMOIRE VÉNÉRÉE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT FRANÇAIS

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE MUSULMANE EN ALGÉRIE

INTRODUCTION

Nous diviserons notre travail en trois périodes qui auront pour point de départ : la première, la capitulation d'Alger du 5 juillet 1830, — la deuxième, le décret du 1^{er} octobre 1854 portant organisation du service de la justice musulmane en Algérie, — la troisième, le décret du 10 septembre 1886.

Les divers actes législatifs lois, décrets, ordonnances, qui ont réglementé la matière depuis la conquête jusqu'à nos jours, formeront la base de notre étude. La jurisprudence des divers tribunaux de l'Algérie et tout spécialement celle de la Cour d'Alger, seront de notre part l'objet d'un examen particulier. Nous indiquerons en même temps les divers points sur lesquels la doctrine a eu l'occasion de se prononcer.

L'administration de la justice musulmane en Algérie a soulevé un grand problème à résoudre : convenait-il de laisser aux indigènes leurs juridictions propres telles

qu'elles existaient avant la conquête ? Valait-il mieux au contraire supprimer ces juridictions et faire juger les Arabes par nos tribunaux français ? Les deux solutions ont eu leurs partisans ; chacune a eu son temps de faveur ; on s'est le plus souvent rangé à une solution intermédiaire consistant à rendre les indigènes justiciables dans une mesure variable, des deux justices à la fois.

Plusieurs points du problème paraissent aujourd'hui définitivement résolus, mais l'accord n'est pas entièrement fait sur d'autres. Nous noterons en passant les arguments présentés à l'appui des différentes thèses soutenues jusqu'ici sur l'administration de la justice musulmane ; ils nous serviront à apprécier en terminant l'organisation actuelle. Nous nous demanderons si cette organisation paraît définitive et s'il ne serait point désirable de voir le législateur y apporter certaines modifications.

PREMIÈRE PÉRIODE

LA JUSTICE MUSULMANE DE 1830 à 1854.

Nous étudierons dans cette période l'administration de la justice musulmane au point de vue de l'organisation des tribunaux, — de leurs attributions et de la compétence, — de la procédure et de l'exécution. Nous traiterons spécialement des tribunaux indigènes proprement dits ; chemin faisant nous signalerons les cas spéciaux où les tribunaux français sont appelés à juger les indigènes, et les règles qui sont alors appliquées.

CHAPITRE PREMIER

ORGANISATION DES JURIDICTIONS.

La France au lendemain de l'occupation pouvait imposer ses lois et ses tribunaux à la race conquise. C'est un droit qu'elle tenait de la conquête ; elle n'en usa pas : « L'exercice de la religion mahométane res-
« tera libre — porte la capitulation du 5 juillet 1830 —
« la liberté des habitants, *leur religion* ne recevront au-
« cune atteinte ». C'était prendre l'engagement de respecter leurs lois, leur organisation judiciaire, car chez le peuple arabe, la religion et la justice se trouvaient confondues. Cet engagement fut tenu ; quelques mois plus tard un arrêté du général en chef rendu à la date du 22 octobre 1830, et relatif à l'organisation du service de la justice proclamait dans son article 2 : « Toutes les
« causes entre Musulmans, tant au civil qu'au criminel,
« seront portées par devant le cadi maure pour être jugées par lui souverainement et sans appel, d'après les
« règles et suivant les formes instituées dans le pays. —
« Dans le cas où le cadi maure est dans l'usage de se
« faire assister du muphti ou du cadi turc, celui-ci n'aura
« que voix consultative, le droit de décider étant exclusivement dévolu au cadi maure ». C'était là, nous allons le voir une confirmation pure et simple de l'état des choses préexistant, et comme une consécration des institutions judiciaires musulmanes.

Examinons rapidement quelles étaient ces institutions.

Chez le peuple arabe, avons-nous dit, la religion et la justice se trouvent confondues : toutes deux procèdent d'un seul et même livre, le Coran. — Il y a un juge unique, le cadi, dont les pouvoirs sont empreints d'un caractère religieux. « S'il habite la ville, — nous dit « Ibn Acem, jurisconsulte arabe du XIV^e siècle qui fut « cadi de Grenade, qu'il siège de préférence dans une mos-
« quée ». Le même jurisconsulte fait un devoir au cadi de bien connaître la loi religieuse. A son tour le Coran recommande pour vider les procès un appel direct à la divinité. Nous lisons dans le chapitre IV (1) : « Portez « vos différends devant Dieu et devant l'apôtre, si vous « croyez en Dieu et au jour dernier. Ceci est le mieux, « c'est la meilleure issue du débat ».

On voit par ces textes le rapprochement intime établi par la doctrine musulmane entre la justice et la religion ; elles se confondent à vrai dire, la justice n'est qu'une émanation, n'est qu'une branche du dogme. Le juge par le fait même se trouve revêtu d'un caractère religieux. Il rend ses jugements nous dit Ibn Acem, par délégation de l'iman, c'est-à-dire du souverain ; or l'iman est regardé comme le représentant du prophète, de l'envoyé de Dieu.

Le cadi d'après les textes, doit être un homme d'une moralité irréprochable : « Qu'il soit exempt de « vices ; qu'il s'abstienne des fautes même les plus lé-
« gères ; qu'il se garde même des choses permises lors-
« qu'elles sont contraires aux convenances ; qu'il écarte

(1) Sounate des femmes, Verset 62.

« de lui tous ses anciens compagnons de plaisir ». C'est un véritable anachorète qu'on nous dépeint.

Nous verrons si les cadis ont toujours répondu à l'idée élevée qu'on peut s'en faire d'après les textes. Le Prophète lui-même semble avoir eu des doutes à cet égard. On lui prête cette parole : « Sur trois cadis deux « iront en enfer, un seul entrera au Paradis », et sur la foi de cet adage, certains considéraient les fonctions de cadi comme une véritable épreuve. « Pourvu, s'écrit « Ibn Acem, alors cadi de Grenade, que je sois l'unique « des trois » ! — « Pour Dieu ! écrivaient ses amis au célèbre jurisconsulte Sahnoun nommé cadi en Andalousie, « nous aurions mieux aimé vous voir dans votre linceul « que de vous voir siéger comme cadi ». — Ces anecdotes prouvent la grande impression produite à l'origine par la parole du Prophète ; cette impression s'est singulièrement effacée depuis.

Le cadi est le juge unique ; — il a une compétence exclusive en matière civile et criminelle. Lui seul, comme magistrat délégué du Souverain, a le droit et le pouvoir de rendre une décision ayant force d'exécution.

Sans doute, on trouve à côté des cadis des assemblées de jurisconsultes connues sous le nom de « Midjlès », mais le Midjlès est une assemblée consultative, ce n'est pas un tribunal.

« Dans les usages musulmans, dit la Cour d'Alger dans son arrêt du 16 octobre 1861 (1), le midjlès ne constitue pas un deuxième degré de juridiction ; il n'existe

(1) Cet arrêt se trouve rapporté dans le recueil de M. Robe, ancien bâtonnier, avocat à la Cour d'Alger : *Journal de jurisprudence de la Cour d'Alger*, année 1861, page 247. Nous désignerons désormais les renvois à ce recueil de la manière suivante ; Robe, 1861, p. 247.

qu'un seul juge, le cadi, et d'autre juridiction supérieure que celle du souverain. Le midjlès ajoute la Cour n'est pas un tribunal particulier. Mais une réunion de docteurs de la loi assistant le cadi, juge naturel de la contestation et qui rend une décision définitive après avoir pris leur avis (1) ».

Il est impossible de mieux marquer ce caractère propre du midjlès ; ce caractère est important à noter, car plus tard il fut méconnu.

Le midjlès n'est autre chose que la réunion du cadi et du muphti (2) ou des cadis et des muphtis quand il s'en trouve de rites différents. Le cadi du rite opposé doit nécessairement être appelé (3).

Le midjlès ainsi composé peut être consulté sur toutes les contestations portées devant le cadi. Il est saisi soit d'office par le cadi, soit sur la demande des parties. Il examine la question qui lui est soumise soit en fait, soit en droit. Le midjlès, ceci est à remarquer, peut être saisi soit avant, soit après le jugement du cadi. Les parties ont la latitude de provoquer l'examen de la contestation par l'assemblée du midjlès, avant même que le cadi ait statué. C'était là, paraît-il, l'usage journalier à Alger. Nouvelle preuve, s'il en était besoin, que le midjlès n'est pas un deuxième degré de juridiction.

Que le cadi juge seul, ou prononce en assemblée de midjlès, c'est toujours par lui et par lui seul que la décision est rendue. Est-ce là une décision souveraine, est-il possible de se pourvoir à l'encontre ?

(1) Dans le même sens : Alger, 28 février 1853 ; Ménerville, *J. de la Cour*, p. 65 ; Alger, 19 novembre 1862 ; Robe, 1862, p. 280 ; Alger, 23 juillet 1863 ; Robe, 1863, p. 189.

(2) Muphti signifie proprement conseiller ; Ouléma veut dire le savant.

(3) Les Arabes suivent le rite malekite, les Turcs le rite hanefite.

Un seul recours existe, c'est le recours au Souverain auquel le Coran fait un devoir de se tenir, chaque jour, plusieurs heures, à la disposition de ceux qui veulent en appeler à sa justice. Il paraîtrait que ce recours au souverain était peu pratiqué ; l'éloignement des lieux, la difficulté des communications le rendaient peu accessible au plaideur sans fortune.

Le plaideur malheureux avait au surplus un moyen fort simple de tenter une revanche contre la décision qui l'avait débouté, c'était de s'adresser à un nouveau cadî. La chose jugée n'existait pas en droit musulman, il était loisible aux parties de saisir successivement de leurs contestations plusieurs cadis ou midjelès. C'est là un point très nettement affirmé par la Cour d'Alger (1).

Nous trouvons d'ailleurs certains textes qui prouvent que plusieurs cadis peuvent avoir juridiction sur un même territoire.

« Il peut être désigné », nous dit Sidi-Khalil « plusieurs cadis pour une seule région, mais deux cadis ne peuvent être saisis *ensemble* d'une même affaire ». « Ensemble » dit le texte, d'où l'on peut induire que rien n'empêche de les saisir successivement (2).

Et le texte continue : « Si les parties sont en discussion pour le choix du cadî, c'est le demandeur qui aura la préférence du choix, si toutes deux sont demandesses, c'est le premier cadî saisi qui juge ».

Ainsi point de circonscription judiciaire, plusieurs cadis à la fois compétents pour juger un même litige et

(1) Alger, 16 oct. 1861 ; Robe, *op. cit.*, année, 1861, p. 247 ; Alger, 25 nov. 1862 ; Robe, *op. cit.*, année, 1862, p. 302 ; Alger, 25 mai 1863, Robe, *op. cit.*, année, 1863, p. 132.

(2) Voir Sidi-Khalil, *Commentaire de Eddersouki*, 4^e volume, p. 152 (texte non traduit).

faculté pour les parties de porter successivement ce litige devant un premier *cadi*, puis un second, puis un troisième.

C'est là une doctrine qui renverse toutes les idées reçues dans notre droit et qui paraît être la négation même de toute organisation judiciaire. N'y avait-il point quelque palliatif? Aucun moyen n'était-il offert au plaideur, pour s'assurer le bénéfice de la décision intervenue? Il est permis d'avoir des doutes si l'on songe aux conséquences du système qui vient d'être exposé. Refuser d'une manière absolue l'autorité de la chose jugée aux décisions de justice, n'est-ce pas leur enlever toute leur force, les annihiler en quelque sorte, et supprimer à vrai dire, toute organisation, tout pouvoir judiciaires? Nous pensons donc avec l'auteur d'une note rapportée sous l'arrêt déjà cité du 25 novembre 1862 qu'il y a là un point de droit musulman mal éclairci, et sur lequel il convient de faire des réserves.

Le *cadi*, avons-nous dit, est le juge unique; il y a lieu, à cet égard, de faire deux remarques. Cette règle qui est vraie d'une manière absolue en matière civile, cesse de l'être, au moins dans la pratique, pour les matières criminelles. Pour ces sortes d'affaires, il arrive souvent que les hauts fonctionnaires (*bachagas*, *agas*, *caïds*) s'en saisissent et les jugent sans l'intervention du *cadi*. Ils prononcent la condamnation, ils la font exécuter sur le champ; ils s'arrogent de la sorte un pouvoir qui devrait être réservé au *cadi*. Ce dernier proteste-t-il? Loin de là. Sa situation dépend souvent de ceux qui commettent ces excès de pouvoir, et en juriste habile, soucieux de ses intérêts, loin de réclamer il cherche et sait toujours trouver un texte qui justifie ces usurpations.

D'autre part, même en matière civile, l'intervention des « djouab » vient diminuer dans une mesure notable les attributions juridictionnelles des cadis.

Le djouab est un conciliateur chargé d'éviter un procès aux parties et de tenter entre elles un rapprochement. C'est en matière de contestation agricole et pastorale que le djouab intervient ; ces sortes de procès demandent toujours une solution très prompte, et l'on comprend, dès lors, toute l'utilité de l'intervention de ce conciliateur. Il y a des « djouab » dans chaque tribu ; ils ne reçoivent aucune investiture officielle ; ce sont les plus dignes qui se trouvent désignés à la confiance des plaideurs. Les djouab sont saisis soit par les parties elles-mêmes, soit par le fonctionnaire qui a reçu la plainte ; le plus souvent ils parviennent à concilier les parties ; s'ils n'y réussissent, ils les conduisent devant le cadi et celui-ci juge sur le champ d'après le rapport oral qui lui est fait par le djouab.

Cette institution, parfaitement appropriée aux besoins du peuple indigène, était passée inaperçue dans les premiers temps de la conquête ; elle n'a été signalée et mise en lumière que dans des travaux bien postérieurs. M. Robe, le savant auteur du *Recueil de Jurisprudence* déjà cité, auquel nous empruntons les indications qui précèdent (1) est d'avis que cette institution des djouab, aujourd'hui tombée en désuétude, pourrait être utilement remise en vigueur et à l'appui de cette opinion M. Robe présente des arguments qui paraissent péremptoires.

Telle est dans ses grandes lignes, l'organisation judi-

(1) *Dissertation sur les djouab*, Robe, année 1893, p. 5.

ciaire qui fonctionnait dans la Régence au moment de l'occupation. Le texte déjà cité de l'article 2 de l'arrêté du 22 octobre 1830 vise les principaux rouages de cette organisation, et il décide que toutes les règles en vigueur seront maintenues.

S'occupant tout d'abord du cadi, notre texte dit qu'il continuera à juger « *d'après les règles et suivant les formes instituées dans le pays* », voici pour le cadi. Le texte continue : « Dans le cas où le cadi maure est dans l'usage de se faire assister du muphti ou du cadi turc, celui-ci n'aura que voix consultative », voilà pour le midjlès et l'on voit que c'est encore une consécration pure et simple de ce qui existe.

Ces principes se trouvent rappelés dans les ordonnances du 10 août 1834 (art. 25), du 28 février 1841 (art. 31), et du 26 septembre 1842 (art. 31) portant organisation du service judiciaire en Algérie.

Ainsi cette question de l'organisation des tribunaux en matière musulmane se trouve résolue de la manière la plus simple : on laisse subsister ce qui existe et c'est par suite, l'organisation ci-dessus décrite qui continue à fonctionner.

Il va de soi que les tribunaux ainsi maintenus rendent la justice au nom du roi de France (1), et que les juges indigènes, comme les juges français sont nommés et institués par le gouvernement français (2), ces magistrats reçoivent un traitement de l'État (3).

On s'était jusqu'alors contenté de maintenir les tri-

(1) Ord. 10 août 1834, art. 1^{er} ; Ord. 18 février 1841 et 26 sept. 1842, art. 1^{er}.

(2) Ord. 10 août 1834, art. 2 ; Ord. 18 février 1841 et 26 sept. 1842, art. 31 § 2.

(3) Mêmes textes.

bunaux musulmans avec leur organisation et leur personnel tels qu'ils existaient ; un arrêté du gouverneur général en date du 29 juillet 1848 vint donner une organisation plus simple à ces tribunaux. L'arrêté s'occupe successivement des tribunaux ou mhakmas de cadis et des midjlès ; nous renvoyons à son texte pour les détails. Un arrêté du même jour institue des oukils ou agents d'affaires près les tribunaux musulmans. Notons encore l'arrêté du 20 août 1848 qui maintient le service de la justice indigène dans les attributions du Ministre de la guerre, tandis que la justice française est rattachée au Ministère de la justice.

CHAPITRE II

DE LA COMPÉTENCE.

A l'origine, la compétence des tribunaux indigènes (c'est-à-dire des cadis) est générale : « Ils connaissent de « toutes les causes entre musulmans tant au civil qu'au « criminel », nous dit l'article 1^{er} de l'arrêté du 22 octobre 1830 ; mais ici nous rencontrons des modifications profondes apportées de bonne heure à la règle.

Et d'abord le texte vise uniquement les causes entre musulmans, il suit de là à *contrario* que toute contestation où un non musulman se trouve intéressé, l'autre partie fût-elle musulmane sort de la compétence des tribunaux musulmans. Cela est d'évidence : des non musulmans, des Français par exemple ne sauraient en aucune manière devenir justiciables des juridictions indigènes.

Notons cependant qu'il avait été fait exception à cette règle pour les israélites : « les causes entre musulmans « et israélites tant au civil qu'au criminel », disposait l'article 3 de l'arrêté du gouverneur général du 22 octobre 1830, « seront portées devant le cadi maure ». Le cadi ne prononçait ici que sauf appel à la Cour de justice instituée par l'article 4 du même arrêté. Cette Cour de justice était composée « de celui des membres du « comité de gouvernement chargé de la section de la justice qui en sera le président et de deux juges fran-

« çais (1) ». Cette restriction au pouvoir du cadi n'était pas suffisante et cette disposition exorbitante du droit commun n'a pas tardé à disparaître : l'article 7 de l'arrêté du 16 août 1832 retire compétence au cadi pour les affaires criminelles ou correctionnelles entre musulmans et israélites et attribue la connaissance de ces affaires à la Cour criminelle ou au tribunal correctionnel, suivant leur compétence respective (2).

Deux ans plus tard l'ordonnance du 10 août 1834, dans ses articles 27 et 28 enlève au cadi le surplus de la compétence qui lui restait en ces matières, et cela toujours au profit des tribunaux de droit commun. On a ainsi fait retour aux véritables principes. Les tribunaux musulmans ne connaissent plus des affaires où un musulman a pour adversaire un non musulman.

Examinons rapidement devant quels tribunaux sont portées ces sortes d'affaires ; ce sera l'objet de notre première section.

SECTION I

LE PROCÈS S'AGITE ENTRE UN MUSULMAN ET UN NON MUSULMAN.

La législation sur ce point est assez compliquée. On

(1) Art. 4 précité.

(2) La Cour criminelle dont il est question dans ce texte était instituée par l'article 3 du même arrêté. « La Cour criminelle, nous dit l'article 3, se composera de la Cour de justice et du tribunal de police correctionnelle réunis au nombre de sept membres, et présidée par le magistrat appelé à faire partie du conseil « d'administration de la Régence ». Cette Cour jugeait les crimes emportant peine afflictive ou infamante, commis par des Français ou des étrangers, sauf appel devant le conseil d'administration (art. 2 et 4 du même arrêté).

l'a remaniée à diverses reprises. Distinguons les matières criminelles et les matières civiles.

1^o La matière est criminelle.

Il s'agit de savoir qui jugera les affaires criminelles dans lesquelles un musulman d'une part, un non musulman d'autre part, ou plus généralement un intérêt non musulman se trouvent en présence.

L'arrêté du 15 octobre 1830 répond dans son article 1^{er} :
« Les conseils de guerre connaîtront des délits et des
« crimes commis par les habitants du pays (ce qui com-
« prend les musulmans) dans l'étendue du royaume d'Al-
« ger, sur les personnes ou les propriétés des Français ou
« des auxiliaires à la solde de la France ».

La règle posée est très simple : c'est le conseil de guerre qui est compétent pour toutes les affaires que nous examinons sauf l'exception relative aux causes entre musulmans et israélites ci-dessus indiquées.

Dès 1832, on distingue : s'il s'agit d'un crime emportant peine afflictive ou infamante, la compétence reste au conseil de guerre (1) ; au contraire s'il s'agit d'un délit en matière correctionnelle ou d'une contravention en matière de simple police, ce sont les tribunaux français correctionnels ou de police qui ont compétence (2), sauf appel à la Cour de justice (3) dont nous avons déjà parlé.

En 1834 nouvelle règle : l'ordonnance du 10 août attribue compétence générale aux tribunaux français pour

(1) Arrêté, 16 août 1832, art. 1^{er}.

(2) Arg. art. 5, Arrêté du gouverneur général du 16 août 1832.

(3) Même texte.

les affaires qui nous occupent (art. 32). Les conseils de guerre ne sont plus compétents que pour les crimes et délits commis en dehors du ressort du tribunal supérieur tel qu'il est déterminé en exécution de l'article 4 de l'ordonnance (1).

Notre première règle est reproduite par les articles 38 des ordonnances du 28 février 1841 et 26 septembre 1842 sur l'organisation du service de la justice en Algérie ; la seconde se retrouve dans les articles 43, § 1, ordonnance du 28 février 1841 et 42, § 1^{er}, ordonnance du 26 septembre 1842. Elles ne subissent plus de modifications jusqu'au terme de la période qui nous occupe. Observons que les ordonnances prescrivent l'adjonction d'un ou de deux assesseurs musulmans au tribunal de répression français saisi d'une poursuite où un musulman se trouve compris (2). Ces assesseurs sont supprimés par l'ordonnance du 26 septembre 1842, article 40.

Que si l'on récapitule les modifications apportées aux règles primitives on constate une tendance bien marquée du législateur à se rapprocher de plus en plus du droit commun : on avait attribué tout d'abord la connaissance des affaires criminelles soit aux tribunaux musulmans (Affaires entre musulmans et israélites), soit aux conseils de guerre (Affaires entre musulmans et non musulmans autres que les israélites) ; on dépouille peu à peu ces juridictions d'exception au profit des tribunaux ordinaires : le point de départ c'est l'exception, notre point d'arrivée c'est le retour à la règle, la logique le veut ainsi : on arrive dans un pays neuf où tout est inconnu pour nous, où tout est à créer ; on fait

(1) Art. 37. et 4. Ord. 10 août 1834.

(2) Art. 35 et 36, ord. 10 août 1834 et art. 41 et 42, ord. 28 février 1841.

des lois d'exception, puis peu à peu tout rentre dans la règle, on en revient au droit commun. Il y a là un phénomène parfaitement logique qu'il nous sera donné d'observer plusieurs fois.

2^o La matière est civile.

Passons aux matières civiles : une contestation s'élève entre un musulman et un non musulman, qui jugera ?

Ecartons d'abord le cas d'une contestation entre musulmans et israélites : nous savons que le cadi maure était compétent à l'origine (art. 3, A. G., 22 octobre 1830), et que l'ordonnance de 1834 dans ses articles 27 et 28 rend la connaissance de ces affaires aux tribunaux français.

Restent les contestations entre musulmans et non musulmans autres que les israélites, devant qui seront-elles portées ?

La réponse ne saurait être douteuse, c'est devant un tribunal français. « La Cour de justice — porte l'article 5 « A. G., 22 octobre 1830 — connaîtra aussi de toutes les « causes entre étrangers de diverses nations et de celles « de ces derniers avec les habitants du pays, » formule qui dans sa généralité embrasse nécessairement les affaires civiles dont nous traitons.

La Cour de justice est supprimée par l'ordonnance de 1834. Elle est remplacée dans cette fonction par les tribunaux français ordinaires. « Les tribunaux français « — dispose l'article 27 de l'ordonnance — connaissent « de toutes les affaires civiles et commerciales..... entre « Français et indigènes,..... entre indigènes et étrangers ». Les tribunaux français dans ce cas doivent être

assistés d'un assesseur musulman qui a voix consultative et dont l'avis sur le point de droit doit toujours être mentionné dans le jugement.

Les règles qui précèdent sont reproduites par l'ordonnance du 28 février 1841 (art. 33 et 34), et par celle du 26 septembre 1842 (mêmes articles). Elles ne sont plus modifiées jusqu'à la fin de notre période.

SECTION II

LE PROCÈS S'AGITE ENTRE MUSULMANS SEULS.

Revenons aux affaires entre musulmans seuls et aux tribunaux indigènes. Nous parlerons successivement de la compétence du cadi, et de celle du midjlès.

§ 1^{er}. — Compétence du cadi.

Pour bien marquer la compétence du cadi nous distinguerons les matières criminelles et civiles.

1^o La matière est criminelle.

A l'origine le cadi maure juge souverainement et sans appel toutes les causes criminelles entre musulmans (1). Il est seul maître de ses décisions ; elles ne sont soumises à aucune surveillance, à aucun contrôle. Notons cependant l'article 12 de l'arrêté aux termes duquel « tout jugement portant condamnation à la peine capitale ne sera exécutoire qu'après avoir obtenu l'approbation du général en chef ». Ce texte dans sa généralité

(1) Arrêté du 23 octobre 1830, art. 1^{er}.

comprend sans aucun doute les condamnations à mort prononcées par les tribunaux musulmans. C'est là l'unique tempérament apporté aux pouvoirs des cadis. Disons que ces pouvoirs, en matière criminelle, paraissent bien exorbitants.

Qu'on laisse, dans un pays conquis, les indigènes du pays débattre leurs intérêts civils devant leurs juridictions propres, cela se conçoit ; l'on est ici dans la sphère des intérêts privés ; l'ordre public n'est pas intéressé ; mais quand il s'agit de matières criminelles, quand il s'agit non plus de débats purement civils, mais d'infractions, on a peine à concevoir qu'il puisse en être ainsi. Il ne s'agit plus d'un simple intérêt privé mais de l'ordre public, ce n'est plus un particulier musulman, c'est la société tout entière qui réclame. Comment remettre à des juridictions étrangères la sauvegarde d'intérêts aussi graves ? Qui nous dit qu'elles rempliront bien leur mission, qu'elles seront à la hauteur de leur tâche, spécialement si le crime est dirigé contre des personnes ou des propriétés françaises ? N'est-ce pas s'en remettre à la race conquise du soin d'assurer l'ordre public et de nous protéger en quelque sorte nous-mêmes ? C'est là il faut le reconnaître, un état de choses bien anormal et qui ne pouvait durer, c'est ce qui arriva.

Moins de deux ans après l'arrêté qui avait consacré ce droit absolu du cadi maure, un nouvel arrêté du 16 août 1832 vient en tempérer l'exercice en introduisant la faculté d'appel. « Il y aura appel de ces jugements — porte l'article 6 § 3 (il s'agit des jugements du « cadi rendus sur affaires criminelles ou correctionnelles « entre musulmans) en matière correctionnelle devant « la Cour de justice, en matière criminelle devant le Con-

« seil d'administration ». Un arrêté du 8 octobre 1832 substitue la Cour criminelle au conseil d'administration.

C'est déjà là un progrès notable; on reconnaît à la juridiction française, un certain pouvoir de contrôle, sur le *cadi*; nous allons voir que les ordonnances qui surviennent ont tendu constamment à fortifier ce contrôle, à augmenter l'ingérence des tribunaux français et ont enfin prononcé l'abrogation pure et simple des attributions du *cadi* en matière criminelle.

L'ordonnance de 1834 reconnaît formellement le droit d'appel au prévenu, au substitut du procureur général et au procureur général lui-même (art. 40). Elle édicte en outre une série de mesures restrictives : aucun jugement de condamnation émané des tribunaux musulmans ne peut plus être mis à exécution qu'après visa du procureur général ou de ses substituts (art. 39, § 2). Le gouvernement peut ordonner un sursis à l'exécution de toute condamnation quelconque (art. 45); il faut maintenant une autorisation formelle et écrite du gouvernement pour mettre à exécution les condamnations à la peine capitale. Ce ne sont plus seulement les abus de pouvoir des *cadis* qu'on cherche à réprimer, ce sont leurs défaillances possibles auxquelles on porte remède : « Si le « *cadi* néglige ou refuse de poursuivre —, porte l'article 41, — le tribunal supérieur peut d'office ou sur la « réquisition du procureur général, évoquer la poursuite « desdits crimes et délits ».

C'était un acheminement vers la suppression de la juridiction du *cadi* en matière criminelle. Ce dernier pas fut fait par l'ordonnance du 28 février 1841. Désormais à quelque nation ou religion qu'appartienne l'in-

culpé, les tribunaux français connaissent seuls de tous les crimes, délits et contraventions (art. 38). Dans le ressort de la Cour royale, ce sont les tribunaux de droit commun ; pour les territoires situés en dehors, ce sont les conseils de guerre (art. 43 et 44).

Ces règles se trouvent textuellement reproduites dans l'ordonnance du 26 septembre 1842 (art. 38, 42, § 1^{er} et 4). On ne s'écartera plus du principe une fois admis : les tribunaux musulmans sont définitivement dépouillés de leurs attributions en matière criminelle. Ici encore qu'on le remarque bien, les modifications successives de la législation et la règle finale constituent un retour pur et simple au droit commun.

Une exception subsiste à la vérité, c'est le cas d'une infraction non prévue par la loi française, prévue et punie au contraire par la loi musulmane et commise par un musulman. L'on décide ici que les cadis conserveront leur compétence antérieure (1). Cette exception était nécessaire dès l'instant où l'on voulait réprimer ces infractions spéciales. Les tribunaux de répression français ne pouvaient en connaître dès l'instant où la loi pénale française ne les atteint pas. On ne pouvait décider ici comme en matière civile que nos tribunaux appliqueraient une loi étrangère, les règles de notre droit pénal s'y opposent ; en matière pénale tout est de droit strict, le pouvoir de punir dévolu aux tribunaux se mesure exactement sur le texte qui prévoit l'infraction ; ce pouvoir cesse quand le texte fait défaut, une loi étrangère est impuissante à le leur rendre. Les textes au surplus s'en expliquent formellement : « ils (les tribunaux fran-

(1) Art. 43, ord. 28 février 1841 et 44, ord. 26 sept. 1842.

« çais) ne peuvent prononcer d'autres peines —, porté l'article 33 de l'ordonnance du 10 août 1834, — que celles « établies par le Code pénal français » ; la règle se retrouve dans les articles 39 des ordonnances du 28 février 1841 et du 26 septembre 1842 ; ces textes disent formellement que les tribunaux français « ne peuvent prononcer même contre les indigènes, d'autres peines que celles établies par les lois pénales françaises ».

On le voit, toute la question revenait à savoir s'il ne valait pas mieux laisser de telles infractions impunies plutôt que de les déférer à la juridiction étrangère ; on ne le pensa point, de là notre exception. Mais du moins l'on refusa aux tribunaux musulmans le droit de prononcer en aucun cas des jugements portant condamnation à la peine de mort (1).

Ce n'était pas une simple faculté de poursuivre les infractions spéciales que l'on donnait aux tribunaux musulmans, les textes précités des ordonnances de 1841 et de 1842 leur en imposent l'obligation : « Ils (les tribunaux musulmans) sont, s'il y a lieu, saisis de la connaissance de ces faits par l'autorité française et tenus « de statuer sur les réquisitions ». Les autorités françaises ont en outre un pouvoir de surveillance sur les tribunaux musulmans, destiné à prévenir les défaillances possibles de ces tribunaux dans la poursuite des infractions dont la connaissance leur appartient.

2^o La matière est civile.

Venons aux matières civiles. Le point de départ est le même, c'est l'article 1^{er} de l'arrêté du 22 octobre 1830

(1) Ord. 17 juillet 1843, art. 1.

aux termes duquel « toutes les causes entre musulmans
« tant au civil qu'au criminel, seront portées devant le
« cadi maure pour être jugées par lui souverainement et
« sans appel ». Un pouvoir absolu reconnu au cadi, telle
est la règle primitive.

Cette règle est maintenue par l'ordonnance du 10 août 1834 (art. 38). Nous avons vu cette ordonnance restreindre dans une mesure notable les pouvoirs du cadi au criminel, mais au civil, ces pouvoirs subsistent tels qu'ils étaient ; l'ordonnance n'y porte aucune atteinte.

Faisons pourtant une remarque : dans la doctrine musulmane le cadi est compétent entre musulmans de quelque partie de l'islamisme qu'ils soient originaires ; au contraire l'ordonnance limite la juridiction des cadis aux indigènes de la même religion en indiquant qu'ils peuvent s'ils le préfèrent s'adresser aux tribunaux français, et il est dit formellement que les indigènes de religion différente sont justiciables des tribunaux français (art. 27, ordonnance du 10 août 1834). Ces deux restrictions à la juridiction des cadis ne sont pas reproduites dans les ordonnances de 1841 et de 1842 qui semblent en revenir au système de la compétence exclusive et générale des cadis (1).

La situation faite au cadi par l'ordonnance de 1834 change en 1841 : le législateur de cette époque a une tendance marquée à restreindre la juridiction du cadi ; nous l'avons vu en matière criminelle supprimer cette juridiction d'une manière radicale et absolue ; il ne pouvait sans doute en être de même pour les matières civiles. Mais si l'on ne supprime point ici la juridiction du

(1) Arg., art. 33 et 44, ord. 28 février 1841, et art. 33 et 43, § 1^{er}, ord. 26 sept. 1842.

cadi, du moins l'on tempère son pouvoir en introduisant la faculté d'appel devant nos tribunaux. « Il peut être appelé, dispose l'article 56, § 3 de l'ordonnance du 28 février 1841, de tous jugements rendus par les cadis ».

Ainsi à partir de 1841 les jugements des contestations civiles entre musulmans se trouvent soumis par la voie de l'appel à la surveillance et au contrôle des juridictions françaises. Des abus s'étaient produits, l'on signalait de nombreux jugements rendus par les cadis contrairement à tout principe d'équité ; ces jugements s'exécutaient sous nos yeux, au nom du gouvernement français sans que nos tribunaux puissent intervenir : la décision du cadi était souveraine, rien ne pouvait la modifier ; nous nous trouvions désarmés en présence de jugements que nous désapprouvions. La pratique avait ainsi révélé un état de choses absolument choquant et le législateur y porta sagement remède en introduisant la faculté d'appel. Cette faculté d'appel apparaît au surplus comme le lien naturel entre les deux juridictions qui, s'exerçant sur un même territoire au nom du même souverain, ne doivent pas demeurer entièrement séparées. Il est enfin dans la logique des choses que la juridiction du peuple conquérant ait la main haute sur celle du peuple conquis et qu'en définitive sa volonté puisse toujours prévaloir de par les voies légales.

L'innovation introduite par l'ordonnance de 1841, nous voulons dire le droit d'en appeler de la juridiction indigène à la justice française, semble donc entièrement justifiée et cependant nous verrons que plus tard, dans le début du second Empire l'opinion contraire devait prévaloir.

L'appel des jugements des cadis est soumis aux mê-

mes règles que l'appel des jugements français : il aura lieu, nous disent les textes, « dans les limites, les dé-lais et les formes prescrites à l'égard des jugements « rendus par les tribunaux français ».

Il est porté devant la Cour d'Alger constituée en chambre civile : « la Cour », nous dit l'article 5 de l'ordonnance du 26 septembre 1842, « connaît en matière civile et commerciale de l'appel des jugements rendus en premier ressort... par les tribunaux musulmans », et ce principe est rappelé par l'article 3, § 2, de l'ordonnance du 30 novembre 1844 qui fixe les attributions de la Cour d'Alger.

Il est bien entendu que ce droit d'appel n'a rien de commun avec la pratique musulmane suivant laquelle on pouvait porter successivement le même différend devant plusieurs cadis et en appeler en quelque sorte d'un cadi à un autre cadi. Il est non moins évident qu'on ne saurait inférer de nos textes la restauration de cette ancienne pratique. Le contraire fut cependant plaidé devant la Cour qui dans son arrêt du 24 avril 1850 dut s'appuyer sur les principes non douteux qui précèdent.

Un autre point ne saurait faire doute : c'est que l'appel des jugements du cadi est recevable, même lorsque le cadi a jugé en *midjlès*. C'est le lieu de se souvenir que le *midjlès* ne constitue pas un nouveau degré de juridiction et que par suite la décision rendue dans cette assemblée est toujours une décision au premier degré, alors même que le cadi aurait jugé précédemment. L'appel relevé contre un jugement de *midjlès* ne viole donc pas la règle qu'on ne saurait appeler deux fois, « appel sur appel ne vaut (1) ».

(1) En ce sens trib. supérieur d'Alger, 4 juillet 1836, 21 janvier 1839, 7 novembre 1836.

Une autre conséquence relative au point de départ du délai d'appel se déduit du caractère propre du midjlès : le cadi qui juge en midjlès reprend l'examen de l'affaire qui lui est soumise et sur laquelle, nous le supposons, il a déjà statué, mais il s'entoure cette fois de l'avis des membres de l'assemblée ; il modifie ou maintient sa décision suivant les cas, cette décision nouvelle ne constitue pas un jugement distinct du premier, il s'identifie avec lui, à vrai dire la première décision s'efface pour faire place à la seconde qui subsiste seule, toutes deux ne forment qu'un seul tout. Il faut conclure de ces prémisses que c'est à compter de l'acte final, de la décision rendue en midjlès et non de la première que doit courir le délai d'appel (1).

Ces considérations montrent bien au surplus que la décision du midjlès, comme nous le disions plus haut, n'est et ne peut être qu'une décision au premier degré.

Avant de quitter la compétence des cadis, disons un mot de leurs attributions extrajudiciaires : le cadi n'est point seulement juge, il est investi des fonctions de notaire, chargé de recevoir en la forme authentique les conventions des parties. Nous verrons qu'il est aussi l'agent d'exécution pour les décisions de justice. Il cumule donc les fonctions de juge, d'huissier, de notaire qui d'après nos lois sont essentiellement distinctes.

Ce cumul de fonctions pourra produire des conséquences inconnues dans notre droit français : le cadi pourra connaître comme juge d'un acte qu'il a reçu comme notaire ; c'est lui qui par voie de jugement décidera du sens et de la portée de telle clause qu'il a lui-

(1) Alger, 3 décembre 1849.

même rédigée, c'est encore lui qui mettra le jugement à exécution. Y a-t-il là une garantie très sûre pour les particuliers ? Il est permis d'avoir des doutes ; les parties qui contractent ne se trouvent-elles pas dans ces conditions à la merci absolue du cadi ? Il est vrai de dire que ce ne sera pas nécessairement le même cadi qui passera l'acte, qui jugera le procès, qui exécutera le jugement et qu'au surplus suivant ce qui a été dit plus haut les parties au moins d'après l'opinion commune ont la faculté de s'adresser à tel cadi qui leur semble bon. Les inconvénients signalés se trouvent donc diminués dans une mesure notable.

Quoiqu'il faille penser de cette pratique, le législateur français, respectueux des usages musulmans, l'a consacrée : « Les cadis, nous dit l'article 38 § 2 de l'arrêté du 10 août 1834 continuent à constater et rédiger en forme authentique les conventions dans lesquelles les musulmans sont intéressés », et les ordonnances qui ont suivi précisant la règle (1), spécifient que les cadis ont compétence pour les conventions où les musulmans sont seuls parties ; que toutefois lorsqu'il n'existe pas de notaires français dans un rayon de 20 kilomètres les cadis peuvent recevoir toutes les conventions dans lesquelles un musulman sera partie. Un arrêté du 31 décembre 1842 relatif à l'exercice de la profession de notaire en Algérie maintient formellement par son article 61 : « les attributions conservées aux cadis en matière de notariat par l'article 43 §§ 2 et 3, ordonnance du 26 septembre 1842 ».

Les actes ainsi reçus par les cadis avec les forma-

(1) Art. 44, al. 2 et 3, ord. 28 février 1841, et art. 43, al. 2 et 3, ord. 26 sept. 1842.

lités requises par la loi musulmane sont des actes authentiques, les textes sont formels, ils font donc par eux-mêmes foi de leur date (1). Mais de même que le cadi est seul investi du droit de juger, de même il a seul qualité pour donner aux conventions qu'il reçoit le caractère de l'authenticité ; un acte reçu par un jurisconsulte musulman, autre que le cadi, par un chérif, par exemple, n'est et ne peut être qu'un acte sous-seing privé (2).

Un acte reçu par un cadi alors qu'il existe un notaire français dans le rayon indiqué au texte est évidemment nul : il y a excès de pouvoir de la part du cadi, ce qui équivaut à l'absence de pouvoir ; mais c'est là une nullité relative que la partie non musulmane est seule admise à invoquer ; c'est elle en effet, et elle seule, que le législateur a entendu protéger (3).

Tels sont les principaux points à relever, et les décisions les plus saillantes de la jurisprudence sur les textes qui nous occupent.

Des arrêtés postérieurs déterminent les principales obligations imposées aux cadis dans l'exercice de leurs fonctions notariales. Notons l'arrêté du 20 juin 1848, qui leur prescrit de verser immédiatement à la caisse des domaines les dépôts qu'ils reçoivent et fixe les formalités à remplir pour opérer le retrait de ces dépôts ; l'arrêté du 29 juillet de la même année qui fixe les émoluments afférents aux divers actes et ordonne la tenue de divers registres.

(1) Alger, 23 sept. 1846 ; 22 mai 1854.

(2) Alger, 20 juillet 1848.

(3) Arrêt précité du 22 mai 1854.

§ 2. — Compétence du midjlès.

Nous savons ce que sont les midjlès d'après les usages musulmans et nous avons dit que le législateur de cette époque se fait une règle de maintenir sans modification les différents rouages de l'organisation judiciaire musulmane. Justifions cette proposition par les textes en ce qui concerne la compétence des midjlès.

L'article 1^{er} de l'arrêté du 22 octobre 1830 qui est toujours notre point de départ porte : « Dans le cas où « le cadi maure est dans l'usage de se faire assister du « muphti ou du cadi turc, celui-ci n'aura que voix consultative, le droit de décider étant exclusivement dévolu « au cadi maure ». Le texte vise très clairement l'institution du midjlès ; il marque non moins clairement l'intention du législateur de ne rien modifier à cette institution ; bien plus, il rappelle et consacre en termes exprès le caractère essentiel du midjlès et les rôles respectifs du midjlès et du cadi. « Celui-ci, dit le texte (entendez le muphti ou cadi turc qui sont précisément les « membres obligés du midjlès), n'aura que voix consultative, le droit de décider étant exclusivement dévolu « au cadi maure » ; c'est la véritable tradition musulmane. Le législateur par la suite devait la perdre de vue et dénaturer complètement les attributions du midjlès, mais constatons qu'à l'origine, au lendemain de la conquête, il avait très nettement aperçu et consacré ces attributions.

Nous ne trouvons aucun autre texte relatif au midjlès jusqu'à l'arrêté du 29 juillet 1848 dont nous avons déjà parlé et qui fixe l'organisation des tribunaux musulmans. Son but, avons-nous dit, est de simplifier

cette organisation sans rien changer aux règles de fond qui la régissent.

Le titre II consacré aux midjlès précise certains détails de leur organisation, il n'est rien dit en ce qui touche le rôle et les attributions de ces assemblées ; c'est donc que l'on maintient le droit antérieur, de l'arrêté du 22 octobre 1830. La volonté du législateur de ne rien innover à cet égard résulte bien d'ailleurs des expressions qui figurent dans le texte : « le midjlès *demeure* » composé... » nous dit l'article 4 ; « les parties pourront, » *conformément au droit musulman* », porte l'article 6.

Concluons donc que pendant toute la période qui nous occupe les midjlès ont été maintenus avec leurs attributions propres, conformément à la doctrine musulmane ; ils n'ont reçu « aucune atteinte », le législateur a ici complètement tenu la promesse de l'acte de capitulation.

L'article 6 de notre arrêté parle d'un midjlès extraordinaire dont les réunions se tiennent à Alger ; il n'y a point là une innovation, le texte rappelle qu'il continuera à fonctionner suivant les usages musulmans.

Le midjlès en question n'a d'autres pouvoirs que les midjlès ordinaires, ce sont de simples avis qu'il émet et non des décisions obligatoires, le cadi restant toujours le maître de sa sentence. On soumet au midjlès extraordinaire non pas la sentence du cadi seul, mais la décision intervenue en assemblée de midjlès ordinaire ; c'est une nouvelle consultation de jurisconsultes, censés plus éclairés, que la partie provoque ; il faut bien se garder de voir là une sorte de juridiction d'appel qui connaîtrait au second degré des décisions des midjlès ordinaires.

Le texte de l'article 6 semble au surplus avoir été rédigé de manière à éviter cette confusion : « les parties « pourront demander, dit le texte, la convocation d'un « midjlès extraordinaire à Alger, pour lui soumettre les « décisions des midjlès ordinaires ».

La jurisprudence a eu maintes fois à se prononcer, dans notre période, sur cette matière des midjlès. Constatons que, d'accord en cela avec le législateur, elle a toujours proclamé et maintenu les règles et usages en vigueur dans la doctrine musulmane : c'est ainsi qu'elle décide que le midjlès ne peut être considéré comme un tribunal du second degré ni comme un tribunal souverain (1) ; qu'on peut frapper d'appel les décisions rendues en midjlès qui sont des décisions au premier degré (2) ; que la sentence d'un midjlès extraordinaire, comme celle d'un midjlès ordinaire est un simple avis et non pas un jugement susceptible de réformer la décision du cadi (3). Nous avons eu déjà l'occasion de parler de ces divers arrêts.

SECTION III

DE LA LOI APPLICABLE AUX DIVERS PROCÈS OU LES INDIGÈNES MUSULMANS SE TROUVENT PARTIES.

Nous avons eu à nous occuper dans ce chapitre de deux grandes catégories d'affaires : affaires entre musulmans et non musulmans d'une part ; affaires entre musulmans seuls d'autre part.

(1) Alger, 21 août 1849.

(2) Trib. supérieur d'Alger, 4 juillet 1836 et 21 janvier 1839.

(3) Alger, 28 février 1853.

Les premières, nous l'avons vu sont de la compétence des tribunaux français au criminel comme au civil, sauf l'exception relative aux israélites, exception qui disparaît d'ailleurs dès 1834.

Quant aux affaires de la seconde catégorie, c'est-à-dire celles où les musulmans sont seuls parties, si la matière est criminelle, elles ressortissent aux tribunaux français à partir de l'ordonnance du 28 février 1841 (art. 38) sauf l'exception relative aux infractions spéciales, c'est-à-dire punies seulement par la loi musulmane ; au contraire si la matière est civile, elles sont de la compétence du cadi qui en connaît souverainement et sans appel jusqu'à l'ordonnance de 1841, et à charge d'appel devant les tribunaux français à partir de cette ordonnance (art. 56, § 3).

Constatons donc qu'aux termes de la législation en vigueur dans notre période, les affaires portées devant les tribunaux musulmans sont toujours, cela va de soi, des affaires entre musulmans seuls, qu'au contraire les tribunaux français connaissent, outre les affaires entre Français, des contestations soit entre musulmans seuls, soit entre musulmans et non musulmans. Quelle loi sera applicable dans ces diverses hypothèses ? Est-ce la loi musulmane ? Est-ce la loi française ?

Il n'y a pas de question pour les affaires de la compétence des tribunaux musulmans : il est d'évidence que ces tribunaux appliquent et ne peuvent appliquer que la loi musulmane. Ils sont depuis la conquête des tribunaux d'exception, ils doivent par là même se renfermer strictement dans le cercle de leurs attributions telles qu'elles résultent de leur origine même ; ils ne sauraient en aucune manière connaître de la loi française ; ils

n'ont été maintenus que pour appliquer la loi musulmane et à raison de ce qu'ils sont censés plus aptes à appliquer cette loi ; si donc, pour une raison quelconque, la loi française régit la contestation, ils sont incompétents. C'est par la force des choses qu'il en est ainsi. Peut-on imaginer des juges étrangers, sur notre territoire, chargés de faire l'application de nos propres lois !

Il n'en va plus de même pour nos tribunaux ; ce sont les tribunaux de droit commun ; ce sont au surplus les tribunaux du peuple conquérant, l'on conçoit donc parfaitement qu'on puisse étendre la sphère de leurs attributions et les charger d'appliquer le cas échéant, la loi musulmane.

Quels sont ces cas ? Quelles sont les règles posées à cet égard ?

Pour les matières criminelles, nous avons déjà dit que les tribunaux français appliquent toujours la loi française, que c'est là une conséquence nécessaire des principes généraux du droit et que d'ailleurs les textes de la législation spéciale s'en expliquent formellement (1).

Notre question se pose donc uniquement pour les matières civiles portées devant les tribunaux français, et nous savons qu'il y a deux hypothèses possibles, contestations entre musulmans et non musulmans, puis contestations entre musulmans seuls.

Distinguons ces deux hypothèses :

1^o Le débat s'agite entre un musulman et un non musulman. Quelle loi le tribunal français appliquera-t-il, est-ce la loi musulmane, est-ce la loi française ? Les tex-

(1) Ord. 10 août 1834, art. 33, § 3 ; Ord. 28 février 1841 et 26 septembre 1842, art. 39.

tes répondent que ce sera l'une ou l'autre suivant les cas (1). « Dans les contestations entre Français ou étrangers (c'est-à-dire entre non musulmans) et indigènes (qui est synonyme de musulmans), la loi française ou celle du pays sont appliquées selon la nature de l'objet du litige, la teneur de la convention et, à défaut de convention, selon les circonstances ou l'intention présumée des parties ».

Ainsi, c'est le tribunal saisi de la contestation qui est juge du point de savoir la loi qu'il convient d'appliquer. Le texte indique quels devront être à cet égard ses éléments d'appréciation.

Il cite tout d'abord la nature de l'objet du litige : si la contestation se rattache à un contrat spécial au droit musulman, à un contrat de rahnia, ou à un habbous par exemple (2), il sera naturel d'appliquer la loi musulmane ; mais s'il s'agit d'un autre contrat également prévu et réglé par le droit musulman et par le droit français, — supposons une vente ou un prêt — on peut hésiter entre les deux lois. Le texte nous dit alors qu'on devra examiner « la teneur de la convention », c'est-à-dire l'acte même qui la constate, ce que les Romains appellent

(1) Ord. 10 août 1834, art. 33 ; ord. 28 février 1841 et 26 septembre 1842, art. 37, § 4.

(2) La rahnia est un contrat par lequel un indigène voulant emprunter une somme sur l'immeuble qu'il possède, se dépouille de la possession de cet immeuble et la donne en nantissement au créancier ; ce dernier perçoit les fruits de l'immeuble et cette perception est pour lui la représentation des intérêts que sa loi lui interdit de recevoir. Le habbous est l'acte par lequel un musulman à la veille d'entreprendre un pèlerinage en terre sainte laisse à ses héritiers l'usufruit de ses biens et en laisse la nue propriété à Dieu. Il poursuit par là un double but : mettre ses biens à l'abri de la rapacité des gens puissants, et se créer des titres particuliers à la bienveillance divine (M. le premier président Zeys, « *Des juges de paix algériens*, nos 682 et s.).

« l'*instrumentum* ». Cet acte par sa forme, par les termes dans lesquels il est rédigé, par ses énonciations fera le plus souvent connaître sous l'empire de quelle loi les parties ont traité et quelle loi régit par suite la convention.

Le texte continue : « Et à défaut de convention, selon les circonstances ou l'intention présumée des parties ». Nous croyons qu'il faut lire, à défaut d'acte, de l'acte auquel la loi vient de faire allusion en nous parlant de la *teneur* de la convention. On sait qu'assez souvent le mot « convention » est pris dans le sens d'acte et que c'est là une confusion dans les mots que la langue juridique des Romains évitait soigneusement (*negotium juridicum* opposé à *instrumentum*). A défaut d'acte, il est clair que le second critérium indiqué par la loi fait défaut ; il faudra se décider alors « selon les circonstances où l'intention présumée des parties ». Observons que les divers critères indiqués au début par le texte ont justement pour objet de faire connaître cette intention et qu'ils la font connaître à l'aide d'une présomption, en sorte que comme il arrive souvent dans les textes contenant une énumération, la partie finale ne fait que résumer et englober dans une formule générale les termes qui précèdent.

Quant aux circonstances dont parle la loi, ce seront toutes les circonstances de fait au milieu desquelles a surgi le différend, objet du litige. L'examen de ces circonstances pourra seul fournir un critérium quand le litige ne se rattache pas à un contrat et qu'il ne peut par suite être question de rechercher l'intention des parties.

Le texte que nous venons d'examiner a donné lieu

dans la pratique à des applications nombreuses ; examinons rapidement les décisions les plus saillantes de la jurisprudence.

Un premier arrêt de la Cour d'Alger du 20 janvier 1842 décide la loi française seule applicable, et spécialement l'article 1341 du Code civil, sur l'admissibilité de la preuve testimoniale à une contestation entre français et israélite indigène. Dans l'espèce le Français offre la preuve par témoins contrairement à une disposition de l'article 1341 du Code civil, et l'indigène conteste l'admission de cette preuve. Le fait de la contestation introduite par l'indigène — contestation de bonne foi nous le supposons — est la preuve aux yeux de la Cour, en l'absence de tout élément autre d'appréciation, que les parties ont traité sous l'empire de la loi française. C'est la circonstance de fait dont parle la loi.

La Cour décide encore qu'il y a lieu d'appliquer la loi française, spécialement le principe de la solidarité des dettes en matière de société commerciale (art. 22, C. com.), aux contestations entre Français et indigènes au sujet de livraisons de marchandises faites à des musulmans associés (1). La Cour invoque le caractère d'ordre public de l'article 22 du Code de commerce, destiné à favoriser le crédit commercial. C'est par cette « circonstance » d'ordre public qu'elle se décide. Les parties ne sauraient, sous couleur d'option pour la loi musulmane, déroger à des dispositions d'ordre public posées par la loi française, c'est là un principe de droit commun.

Un indigène a consenti à un Français résidant depuis

(1) Alger, 10 mai 1852.

longtemps en Algérie et parlant la langue arabe un bail à rente perpétuelle suivant la forme accoutumée du pays, par un acte passé devant le cadi, quoiqu'il existât un notaire français. La Cour décide qu'il doit être considéré comme ayant voulu contracter suivant sa loi et non suivant la loi française (1).

Elle se fonde ici à la fois sur la nature de l'objet du litige, la teneur de la convention et les circonstances de fait, notamment la qualité de l'officier public qui a reçu l'acte.

Mais, objectera-t-on, le cadi dans l'espèce et d'après ce que nous avons dit plus haut, n'était-il point incompetent pour recevoir l'acte ? Il semble bien que oui, même à l'époque de l'arrêt (2). Mais la jurisprudence, sous l'empire de ces décrets, décide en se fondant sur l'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 que l'on peut déclarer valable un acte entre un indigène et un Français passé devant le cadi ; elle laisse de côté la prohibition des ordonnances de 1841 et 1842 (3).

Nous reviendrons sur ce point.

Terminons en observant que la loi pour laquelle le tribunal se décide doit être appliquée d'une manière indivisible aux deux parties, que par exemple si le tribunal applique la loi musulmane et autorise la preuve testimoniale, en dehors des cas prévus par la loi française, cette faculté de preuve est réciproque et profite au Français aussi bien qu'à l'indigène (4).

(1) Alger, 26 novembre 1869, Robe, *op. cit.*, 1869, p. 309.

(2) Décret du 1^{er} octobre 1854, art. 53 et décret du 31 décembre 1859, art. 44.

(3) Alger, 19 mars 1877, Robe, 1877, p. 99.

(4) Alger, 26 décembre 1884 ; Robe, 1885, p. 98.

Cela va de soi : la loi reconnue comme étant celle de la convention s'impose et profite aux deux parties.

2° Arrivons à la seconde hypothèse : une contestation d'ordre civil s'agite entre deux musulmans devant un tribunal civil français ; c'est le cas d'une décision de cadi frappée d'appel devant la juridiction française (1) ; c'est encore le cas dans le système transitoire de l'ordonnance de 1834 d'une contestation entre deux indigènes « de même religion s'ils y consentent (2) ».

Il s'agit de savoir quelle loi le tribunal français va appliquer.

La règle posée par nos ordonnances est la suivante : « les indigènes sont présumés avoir contracté entre eux selon la loi du pays, à moins qu'il n'y ait convention contraire (3) ». « Les contestations entre indigènes relatives à l'état civil seront jugées conformément à la loi religieuse des parties (4) ».

Ainsi point de difficulté pour les contestations relatives à l'état civil : la loi fait une obligation au tribunal d'appliquer la loi religieuse des parties, c'est-à-dire la loi musulmane pour les musulmans ; on n'admet pas ici la convention contraire, on n'admet pas que les parties puissent par une simple convention soustraire leur état civil à leur loi nationale. Nous retrouverons cette question plus tard ; nous verrons qu'elle a donné lieu à une grande controverse.

Pour les autres matières, la présomption est que les indigènes ont contracté entre eux selon la loi du pays,

(1) Ord. de 1841 et ord. de 1842, art. 56, § 3.

(2) Ord. 1834, art. 27.

(3) Ord. 1834, art. 31, § 2 ; ord. 1841 et 1842, art. 37, § 2.

(4) Ord. 1841 et 1842, art. 37, § 3.

mais cette présomption tombe devant la convention contraire. A défaut de convention expresse, il sera naturel de s'attacher aux deux autres critères indiqués par la loi pour l'hypothèse précédente : 1° la nature de l'objet en litige ; 2° les circonstances.

Observons que dès que cette « convention contraire » existera, dès qu'il sera établi que les indigènes ont contracté selon la loi française, les tribunaux français pourront seuls connaître du litige, les tribunaux musulmans étant toujours incompétents, nous l'avons vu, dès que la loi française est applicable.

Il y a là un second cas où les tribunaux français auront à connaître du litige au premier degré ; ce cas vient s'ajouter à celui textuellement prévu par l'ordonnance de 1834, le « consentement des parties ». Il n'est pas formulé par les textes ; il résulte implicitement de leurs dispositions et des principes généraux du droit.

Il est clair qu'ici le tribunal français aura toujours à appliquer la loi française, cette application étant la raison d'être de sa compétence. Il est non moins clair que dans l'hypothèse de l'ordonnance de 1834, cette application s'imposera de même le plus souvent : le fait par les parties de saisir la juridiction française, impliquant presque nécessairement leur soumission à la loi française. Il n'y a cependant là rien d'obligatoire et la jurisprudence paraît exiger une déclaration formelle à cet égard. Lorsque deux musulmans, dit un arrêt de la Cour du 4 décembre 1865 (1) ont porté leur différend devant un tribunal français sans déclarer qu'ils voulaient être jugés d'après la loi française, c'est le droit

(1) Alger, 4 décembre 1865, Robe, 1855, p. 180.

musulman qui devra être appliqué. La Cour fait une application de ce principe que les renonciations ne se présument pas et doivent s'interpréter restrictivement.

Sous cette réserve et pour les deux cas où les tribunaux français ont à connaître au premier degré des contestations entre musulmans, on peut poser en règle générale qu'ils devront appliquer la loi française.

Que s'ils en connaissent comme tribunal d'appel des décisions de cadi, c'est la règle contraire qui devra prévaloir. Il s'agit ici d'un appel relevé contre une décision de cadi nécessairement rendue suivant la loi musulmane ; le débat a subi déjà l'épreuve d'une première juridiction et il a été statué suivant la loi musulmane, il semble bien dès lors que le tribunal d'appel doive statuer suivant la même loi. Sinon, peut-on dire, l'ordre hiérarchique établi entre les deux juridictions ne se conçoit plus ; l'on se trouve en présence non d'un tribunal d'appel, mais d'une juridiction complètement distincte de la première et qui apprécie le litige non pas en tant que tribunal d'appel mais suivant une autre loi, ce qui est tout différent. En d'autres termes le rôle du tribunal d'appel imparti au tribunal français, dans notre hypothèse, semble lui faire un devoir d'appliquer la loi musulmane à l'exclusion de la loi française.

Et il nous paraît bien qu'il doit en être ainsi ; nous n'apercevons qu'une seule exception à la règle : c'est le cas où le cadi, excédant les limites de sa compétence, aurait statué sur un litige dont l'objet se trouvait soumis à la loi française ; il est clair ici que le tribunal français devrait en cause d'appel appliquer la loi française.

Ce cas est tout exceptionnel ; concluons donc qu'en

règle générale et pour les motifs que nous avons donnés les tribunaux français statuant au premier degré sur les litiges entre musulmans, auront à appliquer la loi française, qu'au contraire en statuant comme tribunaux d'appel des décisions de cadis, c'est la loi musulmane qu'ils devront appliquer.

CHAPITRE III

PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX MUSULMANS. EXÉCUTION DE LEURS SENTENCES.

Nous avons vu, dans les sections qui précèdent, que les tribunaux musulmans au moment de la conquête sont maintenus tels qu'ils existent avec leurs attributions et leur organisation propre. Il est naturel de penser qu'on maintient également les formes de procéder en usage devant ces tribunaux. L'arrêté du 22 octobre 1830 est formel en ce sens et nous lisons dans son article 1^{er} : « Toutes les causes entre musulmans tant au civil qu'au criminel seront portées devant le cadi maure, pour être jugées par lui..... d'après les règles et *suivant les formes instituées dans le pays* ».

De même l'ordonnance de 1834 statuant dans son article 39 sur les matières criminelles entre musulmans dispose que ces causes « sont jugées par le cadi ou les autres juges du pays, *selon la forme* et les lois *suivies jusqu'à ce jour* », et l'article 48, dernier paragraphe, répète qu'« on suit devant le cadi et les autres tribunaux indigènes la procédure usitée dans le pays ».

Nul doute que ces règles soient maintenues par les ordonnances postérieures de 1841 et de 1842 : cela résulte implicitement de l'article 31 aux termes duquel « les tribunaux musulmans sont maintenus » et de l'absence

de toute disposition contraire à la règle primitive en ce qui concerne le maintien des formes de procédure.

Tenons donc pour certain que le législateur conserve sans modification la procédure en vigueur devant les tribunaux musulmans : il trouve là une procédure très simple, expéditive, peu coûteuse, parfaitement appropriée aux besoins de la population indigène ; il fait sagement de n'y pas toucher. Bien au contraire nous le verrons s'efforcer de simplifier le plus possible notre procédure française à l'imitation de la procédure musulmane, en vue de rendre plus facile aux indigènes l'accès de nos prétoires français.

Notons cependant l'ordonnance du 19 mai 1846 portant organisation des interprètes et dont l'article 4 § 2 dispose : « Les actes écrits en langue française ou étrangère ne peuvent être produits devant un juge ou notaire indigène, sans une traduction en langue arabe, également faite et certifiée par un interprète traducteur ». Cette disposition s'explique d'elle-même.

Passons à l'exécution des jugements rendus par les tribunaux musulmans.

Ici encore nous poserons la même règle en ce qui concerne la procédure d'exécution : cette procédure subsiste telle quelle ; les jugements musulmans continuent à être exécutés suivant les modes spéciaux propres au droit musulman. Cette règle s'explique par les motifs donnés plus haut, elle est hors de toute controverse ; elle a été affirmée par la Cour d'Alger dans de nombreux arrêts (1).

(1) Alger, 16 février 1880, *Robe*, 1880, p. 294 ; Trib. Sétif, 5 nov. 1885, *id.*, 1885, p. 522 ; Alger, 14 janvier 1887, *id.*, 1887, p. 204 ; Trib. Oran, 28 octobre 1889, *id.*, 1889, p. 488 ; Trib. Mostaganem, 20 mars 1889, *id.*, 1889, p. 490 ; Trib. Guelma, 24 juin 1891, *id.*, 1891, p. 449 ;

Nous verrons qu'elle a été maintenue par tous les textes postérieurs et qu'elle est vraie encore aujourd'hui. Et nous aurons encore l'occasion de reparler des divers arrêts indiqués à la note précédente lesquels statuent sur des difficultés de détail relatives à des textes que nous rencontrerons plus tard.

Il faut dès à présent bien entendre la règle : ce qui est maintenu sans modification et sans que le législateur français ait à intervenir ce sont les formes de procédure pour arriver à l'exécution. Quant à l'exécution elle-même, il n'en pouvait être ainsi ; le législateur intervient ici à deux points de vue :

1° Il est tout d'abord aisé de comprendre que cette exécution ne peut avoir lieu sans sa participation effective. Les jugements musulmans, comme les jugements français, sont et ne peuvent être exécutés qu'au nom du gouvernement français ; la force exécutoire imprimée aux décisions de justice est une prérogative de la souveraineté, et nul autre souverain n'existe, en Algérie comme en France, que le souverain français. Il faut donc que le législateur intervienne pour décider que les jugements musulmans seront exécutés en son nom, en d'autres termes pour leur communiquer la force exécutoire dont ils ont besoin. On ne peut plus ici, comme pour les formes de procédure, procéder par un simple renvoi au droit musulman, ce renvoi serait vide de sens ; il faut une disposition expresse de la loi qui crée un droit nouveau. Nous la trouvons écrite en tête de chacune des ordonnances de 1834, de 1841, de 1842 dont les articles 1^{er} portent que la justice en Algérie « est administrée au nom du Roi par des tribunaux français et *par des tribunaux indigènes* » ;

2° La loi française n'intervient pas seulement pour communiquer la force d'exécution aux jugements musulmans, elle intervient encore pour régler certains détails de cette exécution. Tout ce qui concerne l'exécution des jugements touche à l'ordre public ; il y a donc là une matière dont le législateur ne peut se désintéresser.

Certaines dispositions sont communes aux matières criminelles et aux matières civiles, d'autres spéciales à chacune de ces matières.

Nous voyons tout d'abord le législateur marquer quels seront les agents de la force publique plus spécialement chargés de l'exécution des jugements musulmans (1). Cet ordre de disposition est évidemment commun aux matières civiles et aux matières criminelles. Nous le voyons, en second lieu, et cela est spécial aux matières criminelles, exiger dans certains cas une autorisation expresse pour passer outre à l'exécution des condamnations ; il en est ainsi pour les jugements portant condamnation à la peine capitale (2), jusqu'à ce qu'on interdise d'une manière absolue aux tribunaux musulmans de prononcer la peine de mort (3). On décide de même qu'aucun autre jugement portant condamnation en matière criminelle ne pourra être mis à exécution qu'après avoir été revêtu du visa du parquet (4) ; que le gouverneur peut toujours ordonner un sursis à l'exécution de toute

(1) Arrêté du 12 mars 1831, art. 1^{er} ; ord. 1834, art. 39, dernier paragraphe ; ord. 1841, art. 45, dernier paragraphe ; ord. 1842, art. 44, dernier paragraphe.

(2) Arrêté du 22 octobre 1830, art. 12 ; ord. 1834, art. 44 ; ord. 1841, art. 51 ; ord. 1842, art. 50.

(3) Ord. 17 juillet 1843, art. 1^{er}.

(4) Ord. 1843, art. 39, § 2.

condamnation ; que le roi enfin a le droit de grâce (1). Les condamnations criminelles touchent plus encore que les condamnations civiles à l'ordre public : c'est ainsi que le législateur est amené à s'occuper plus spécialement de leur exécution.

Nous trouvons enfin une disposition spéciale à l'exécution des condamnations civiles, c'est l'article 22 de l'ordonnance du 16 avril 1843 qui promulgue en Algérie, sous diverses modifications, le Code de procédure civile. Cet article est ainsi conçu : « Lorsque l'exécution d'un jugement rendu par le cadi en matière civile ou commerciale ne pourra être obtenue à l'aide des voies autorisées par la loi musulmane, la partie en faveur de laquelle ce jugement aura été rendu pourra se pourvoir devant le président du tribunal civil de première instance du ressort, à l'effet de le faire rendre exécutoire selon les formes de la loi française. En ce cas, le président rendra s'il y a lieu, une ordonnance d'exequatur, comme en matière de jugement arbitral, la partie adverse préalablement entendue, ou dûment citée à comparaître devant lui. Au moyen de cet exequatur il pourra être procédé à l'exécution du jugement suivant les formes de la loi française. La partie à qui l'exequatur sera refusé pourra se pourvoir contre cette décision comme dans le cas d'opposition prévu par l'article 1028 du Code de procédure civile ».

Il faut d'abord bien comprendre la difficulté prévue et tranchée par ce texte. Un jugement musulman, nous l'avons vu, ne peut être exécuté que suivant les modes admis par la loi musulmane ; mais cette règle entraînera

(1) Ord. 1834, art. 45 ; ord. 1841, art. 52 ; ord. 1842, art. 51 et 52.

dans certains cas une impossibilité matérielle d'exécution. Qu'on suppose, par exemple, dans le patrimoine du débiteur condamné, un immeuble dont le droit de propriété repose sur un titre notarié, administratif ou judiciaire ; nous verrons plus tard, et nous aurons à nous étendre longuement sur ce point, qu'un tel immeuble est régi par la loi française à l'exclusion de la loi musulmane. Le titre français sur lequel repose le droit de propriété a eu cet effet de soustraire l'immeuble à la loi musulmane pour le faire entrer dans le domaine de la loi française. Le créancier porteur du jugement musulman se trouve donc en présence d'un immeuble français. Va-t-il pouvoir le saisir ? Evidemment non : un jugement musulman n'a d'action que dans la sphère de la loi musulmane, il ne s'exécute que suivant les modes propres au droit musulman et sur les choses musulmanes ; tout ce qui est en dehors de cette sphère échappe à la connaissance des juges musulmans comme à l'action des décisions qu'ils ont rendues.

Il est ainsi hors de conteste que le créancier ne pourra faire saisir par le cadi en vertu de son jugement l'immeuble dont il s'agit. Il est non moins évident qu'il ne saurait non plus faire saisir par un agent d'exécution français, un huissier par exemple ; ce n'est pas la qualité de l'agent qui fait obstacle à l'exécution, c'est le titre lui-même et ce titre ne change pas parce qu'il est remis aux mains d'un huissier français.

Voilà donc le créancier porteur d'un jugement régulièrement rendu, obligé de rester dans l'inaction, en présence d'un immeuble appartenant à son débiteur, alors que d'autres créanciers, tenant leur titre de la juri-

diction française, vont peut-être saisir sous ses yeux cet immeuble et s'en partager le prix.

On peut de même supposer le débiteur créancier de diverses personnes et le créancier porteur du jugement voulant recourir à la saisie-arrêt pour obtenir paiement. Ici encore il va être arrêté, non pas comme précédemment parce que la chose sur laquelle il veut agir est en dehors du domaine de la loi musulmane (les créances visées par la saisie-arrêt peuvent être des créances sur d'autres débiteurs musulmans, partant des créances régies par la loi musulmane) mais uniquement parce que la saisie-arrêt ne rentre pas dans les modes d'exécution musulmane, les seuls dont le jugement soit susceptible (1).

Le créancier muni de son jugement pourra de ce chef se trouver dans l'impossibilité de recouvrer sa créance.

Une telle situation devait nécessairement amener l'intervention du législateur : il eût été choquant qu'entre deux créanciers munis de titres exécutoires émanant à la vérité de deux juridictions différentes mais qui procèdent toutes deux de l'autorité du même souverain, — c'est la situation des juridictions musulmane et française, — il eût été choquant, disons-nous, que l'un pût se faire payer et que l'autre ne le pût pas.

Le texte tranche la difficulté de la manière la plus simple : le président du tribunal civil rendra une ordonnance d'exequatur, et au moyen de cet « exequatur »

(1) Il faut toutefois remarquer que c'est là un point controversé et que le jugement précité du tribunal de Mostaganem du 20 mars 1889 (Robe, 1889, p. 490) a été rendu contrairement à cette doctrine.

il pourra être procédé à l'exécution suivant les formes de la loi française.

La règle est la même que pour les jugements étrangers, sauf que pour ceux-ci l'exequatur doit être accordé par le tribunal entier, art. 2123, C. civ. ; il s'agit en effet dans les deux cas de communiquer à un jugement la force exécutoire qui lui manque soit à raison du territoire, soit à raison de la qualité des biens sur lesquels on veut le ramener à exécution.

La disposition de notre article 22 est, on le voit, très sage et très prévoyante : elle touche par un certain côté à l'ordre public puisqu'il s'agit d'assurer sur un territoire français l'exécution de jugements rendus au nom du gouvernement français ; elle n'a pas seulement pour but de satisfaire un intérêt privé. Concluons que l'*exequatur*, en cette matière, devra être accordé de la manière la plus large, et que rarement la partie se heurtera à un refus du président, refus que le dernier alinéa du texte lui donne au surplus le moyen de vaincre.

Règles spéciales aux Tribunaux français qui jugent des musulmans.

Il y a lieu pour terminer ce chapitre de dire quelques mots de plusieurs règles spéciales aux tribunaux français lorsqu'ils jugent des musulmans et relatives soit à la procédure soit à l'exécution.

En ce qui concerne l'exécution, nous ne trouvons à noter que la règle suivant laquelle il faut une autorisation spéciale pour l'exécution des condamnations capitales. C'est la même règle que pour les tribunaux musulmans ; elle est posée par les mêmes textes ; nous les avons cités plus haut ; nous nous bornons à y renvoyer.

Ajoutons que cette autorisation spéciale exigée pour toute condamnation à mort qui émane d'un tribunal d'Algérie est donnée au début par le général en chef et plus tard par le Gouverneur.

On peut rapprocher de cette règle la pratique moderne suivant laquelle un recours en grâce devant le chef de l'État est formé d'office contre toute condamnation à mort ; il est clair que ce recours d'office aboutit à provoquer l'autorisation du chef de l'État pour l'exécution de ces condamnations. Cela étant, il semble qu'en Algérie, à l'époque où nous nous plaçons, cette pratique du recours en grâce d'office ne devait pas exister puisqu'elle aurait fait double emploi avec le système de l'autorisation spéciale, mais ce système laissait intact le droit du condamné à mort d'exercer lui-même son recours en grâce devant le Roi. En ce qui concerne la procédure d'instance dans les matières civiles, on trouve les règles spéciales suivantes :

1° C'est une règle qu'en Algérie à cette époque, toutes les instances civiles sont dispensées du préliminaire de conciliation ou que, tout au moins ce préliminaire est facultatif : l'énormité des distances à franchir, la difficulté des communications, nous paraissent rendre compte de l'exception apportée à la règle du Code de procédure. Ce premier cas vise les Européens. Au contraire : « Quand un musulman ou un israélite doit être mis en cause, l'invitation sans frais précède nécessairement l'assignation ». Il est même dit que l'accomplissement de ce préliminaire est constaté par le juge sur l'original, à peine contre l'huissier de 20 francs d'amende pour chaque omission.

(1) Ord. 1834, art. 47 ; ord. 1841, art. 54 ; ord. 1842, art. 54

Cette disposition nous paraît inspirée par le désir d'éviter autant que possible des frais d'huissier aux indigènes et de les appeler en justice par un moyen conforme à leurs usages. On ne tient plus compte ici de l'inconvénient des distances signalé plus haut ; il est pour ainsi dire nul au regard des indigènes.

2° Les ordonnances posent une autre règle qui est relative à la diversité des langues ; cette règle est la suivante : « Toute citation ou notification faite à un musulman, en matière civile ou criminelle, sera accompagnée d'une analyse sommaire en langue arabe, et certifiée par un interprète assermenté, le tout à peine contre l'huissier de 20 francs d'amende pour chaque omission, et sans préjudice de la nullité de l'acte, si le juge croit devoir la prononcer ».

Cette disposition s'explique d'elle-même : il faut bien que l'indigène auquel on signifie un acte écrit en français sache de quoi il s'agit ; de là, la traduction sommaire prescrite par notre article. Une traduction sommaire suffit ; point n'est besoin de reproduire toutes les formules de l'acte ; ces formules ne serviraient qu'à égarer l'indigène peu habitué à notre style de procédure. Dans la pratique, l'interprète fait figurer en marge de la copie la traduction arabe, puis il appose son visa sur l'original. Ce visa sert à constater la traduction qui a été faite sur la copie, et l'original porte ainsi la preuve qu'il a été satisfait au vœu de la loi.

Quelle est la sanction de ces formalités ? Le texte en indique deux : 1° une amende de 20 francs contre l'huissier contrevenant ; 2° la nullité de l'acte, « si le juge croit devoir la prononcer ».

(1) Ord. 1834, art. 58 ; ord. 1841 et 1842, art. 68.

Cette seconde sanction se rattache à la théorie des nullités facultatives dont nous devons dire quelques mots.

Les ordonnances de 1834 (art. 59) et de 1842 (art. 69) posent cette règle qu'en Algérie « nonobstant toutes dispositions des lois les nullités d'exploits et actes de procédure seront facultatives pour le juge qui pourra selon les circonstances les accueillir ou les rejeter ».

Le pouvoir accordé par ces textes aux tribunaux, ne concerne, le texte est formel, que les nullités de procédure ; il est complètement étranger aux nullités tenant au fond du droit. C'est la même distinction que pour l'interprétation de l'article 173 du Code de procédure civile.

Qu'un contrat soit entaché d'une des nullités prévues par les articles 1109 et suivants du Code civil, qu'une donation soit faite en violation des articles 943, 946 du même Code, nul doute que ces nullités échappent à nos articles, comme elles échappent à l'article 173 du Code de procédure. Ce sont des nullités tenant au fond du droit et qui s'attaquent à la substance même des actes ; elles n'ont rien de commun avec les nullités de procédure dont il est seulement question ici.

Même en ce qui concerne ces dernières, le pouvoir d'appréciation reconnu au tribunal est-il entier, les embrasse-t-il toutes, ou y a-t-il lieu au contraire de faire des restrictions ?

La réponse à cette question se trouve dans les arrêts de la jurisprudence qui a eu maintes fois l'occasion de se prononcer.

La jurisprudence excepte tout d'abord les actes faits après l'expiration du délai qui était imparti par la loi :

elle décide que dans ce cas, le tribunal a l'obligation de prononcer la nullité de l'acte (1).

Et en effet, il ne s'agit point ici d'une simple nullité de forme. Prenons par exemple un appel interjeté après le délai légal, c'est l'espèce des arrêts du 7 février 1846 et du 15 mai 1871. Cet appel pourra être parfaitement régulier en tant qu'exploit, en tant qu'acte de procédure ; il sera cependant dépourvu de tout effet parce qu'il arrive trop tard et parce qu'aux termes de la loi le jugement visé est dores et déjà définitif et inattaquable par cette voie de recours ; c'est cette force reconnue au jugement, cette autorité de chose jugée que lui communique l'expiration du délai, qui par une sorte d'action réflexe rend l'appel inutile et partant nul, mais l'on voit bien, que cette nullité touche au fond du droit et résulte de règles complètement distinctes des formes de procédure.

On peut refaire le même raisonnement sur d'autres cas analogues ; c'est donc avec raison que la jurisprudence dans ces divers cas repousse l'application de nos articles.

Elle excepte encore les cas où la nullité est en quelque sorte substantielle et rend à ses yeux l'acte inexistant : par exemple s'il s'agit d'un exploit non signé par l'officier instrumentaire (2), ou encore d'un exploit signifié par un agent sans qualité (3).

Restent tous les autres cas de nullité de forme : pour

(1) Alger, 7 février 1846, Menerville, p. 25 ; Alger, 20 janvier 1853, *id.*, p. 334 ; Alger, 23 octobre 1850, *id.*, p. 336 ; Alger, 15 mai 1871, Robe, 1871, p. 135.

(2) Alger, 8 décembre 1847, Menerville, p. 166.

(3) Alger, 1^{er} juin 1860, Robe, 1869, p. 233.

ceux-ci, il n'y a point de difficulté si la loi mentionne formellement, comme dans le cas de notre article 68 (ordonnance de 1842), que la nullité est facultative ; les tribunaux jouissent alors sans contestation possible du droit d'admettre ou de rejeter la nullité (1).

Pour tous les autres cas, la jurisprudence paraît s'attacher au critérium suivant : elle admet le principe de la nullité facultative, et elle annule ou maintient l'acte selon que l'omission de la formalité cause ou ne cause pas de préjudice à la partie qui invoque la nullité. La jurisprudence porte toujours son examen sur ce point, et on en trouve la trace dans ses arrêts (2).

Cette règle suivie par la jurisprudence atteint parfaitement le but que se propose le législateur : il veut rendre les procédures moins coûteuses, hâter l'expédition des affaires et c'est bien le résultat qu'on atteint en repoussant sans préjudice pour personne des nullités dont l'admission viendrait retarder la marche des procès.

Telle est cette théorie des nullités facultatives : le texte de l'article 68 (ordonnance de 1842) auquel nous étions parvenu, en consacre une application.

Aucune difficulté n'existe, avons-nous dit, sur le caractère de cette nullité puisque le texte déclare formellement qu'elle est facultative, mais la jurisprudence s'est divisée dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qui lui est ainsi laissé : certains arrêts ont annulé, d'autres ont

(1) Alger, 15 juin 1885, Robe, 1885, p. 294 ; Alger, 21 octobre 1886, Robe, 1886, p. 466 ; Alger, 9 juin 1892, Robe, 1892, p. 319.

(2) Alger, 28 janvier 1850, Menerville, p. 28 ; 13 janvier 1852, *id.*, p. 28 ; 10 novembre 1845, *id.*, p. 28 ; 6 novembre 1843, *id.*, p. 26 ; 24 novembre 1853, *id.*, p. 227 ; 7 décembre 1868, Robe, 1868, p. 278 ; 17 novembre 1881, *id.*, 1882, p. 283 ; Guelma, 22 janvier 1890, *id.*, 1890, p. 293.

déclaré valable l'acte non revêtu de la traduction prescrite par l'article 68 (1).

Des arrêts plus récents du 21 octobre 1886 (2), et du 9 juin 1892 (3), dégagent nettement le principe en décidant qu'il y a lieu de rechercher si l'absence de traduction a, ou n'a pas causé un préjudice au musulman intéressé; c'est l'application à ce cas spécial du critérium signalé plus haut.

Nous en avons fini avec les règles de procédure et d'exécution qui forment l'objet de notre chapitre III et terminent la première partie de notre étude.

(1) Voyez notamment : dans le sens de la nullité de l'acte non revêtu de la traduction prescrite : Alger, 13 mai 1885, Robe, 1885, p. 244, et dans le sens de la validité : Alger, 15 juin 1885, Robe, 1885, p. 294.

(2) Robe, 1886, p. 466.

(3) Robe, 1892, p. 319.

DEUXIÈME PÉRIODE

LA JUSTICE MUSULMANE DE 1854 A 1886.

Cette deuxième période comprend trois grands actes législatifs, savoir : 1^o le décret du 1^{er} octobre 1854 sur l'organisation de la justice musulmane en Algérie ; — 2^o le décret du 31 décembre 1859 qui abroge et remplace le précédent ; — 3^o le décret du 13 décembre 1866 qui remplace par des dispositions nouvelles certains articles du décret de 1859.

Ces trois décrets, malgré la généralité du titre, laissaient en dehors de leurs dispositions la Kabylie et la région Saharienne. Un premier décret du 8 janvier 1870 porte « organisation de la justice musulmane en Algérie dans la région sise hors du Tell et de la Kabylie », c'est-à-dire dans la région Saharienne. Un décret postérieur du 29 août 1874 réglemente « l'organisation judiciaire dans les arrondissements de Tizi-Ouzou et de Bougie » c'est-à-dire dans la Kabylie. Ainsi se trouve complété l'ensemble des dispositions législatives de cette deuxième période pour les diverses régions de la colonie.

En dehors de ces cinq décrets principaux qui formeront la base de notre étude, on trouve de nombreuses dispositions spéciales, décrets ou arrêtés, relatifs à des

points de détail. Nous aurons l'occasion de citer, chemin faisant, les plus importants d'entre eux.

Suivant l'ordre chronologique de nos cinq décrets nous étudierons dans une première partie la justice musulmane dans le Tell, et reprenant les divisions que nous avons déjà adoptées, nous traiterons successivement de l'organisation des tribunaux en matière musulmane ; — de leurs attributions et de la compétence ; — de la procédure et de l'exécution. Nous exposerons sommairement dans une seconde partie l'organisation de la justice musulmane hors Tell et en Kabylie, et nous distinguerons : 1° la région Saharienne (Décret de 1870) ; 2° la Kabylie (Décret de 1874).

PREMIÈRE PARTIE

LA JUSTICE MUSULMANE DANS LES RÉGIONS DU TELL AUTRES QUE LA KABYLIE.

CHAPITRE PREMIER

ORGANISATION DES JURIDICTIONS.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections ayant pour objet l'étude de chacun des trois décrets qui ont réglementé la matière.

SECTION I

SYSTÈME DU DÉCRET DU 1^{er} OCTOBRE 1854.

Le décret du 1^{er} octobre 1854 divise le territoire de l'Algérie, pour l'administration de la justice musulmane, en circonscriptions judiciaires (art. 7). Il institue dans chaque circonscription un cadi malékite, et lorsque le chiffre de la population hanéfite le rend nécessaire, un cadi hanéfi. Les circonscriptions judiciaires des cadis sont déterminées par arrêtés du Gouverneur général en conseil de gouvernement (art. 12).

Au-dessus des cadis, et comme juridictions du second degré nous trouvons des midjlès; « des arrêtés du gouverneur général (porte l'article 13), instituent des midjlès partout où besoin en sera : ces arrêtés pris en conseil de gouvernement déterminent les tribunaux de cadis qui ressortissent à chacun des midjlès ».

Ainsi des cadis au premier degré, des midjlès au second degré, telle est l'organisation fixée par le décret. On remarquera, d'une part, que les tribunaux français sont totalement exclus, d'autre part que les midjlès jusqu'alors simples comités consultatifs sont érigés en tribunaux du second degré appelés à connaître en appel des décisions des cadis ; on rompt sur les deux points avec les règles antérieures.

Les ordonnances de 1841 et de 1842 avaient cru devoir soumettre à l'appel devant les tribunaux français les jugements des cadis et nous savons de quels motifs s'étaient inspirées les ordonnances ; le législateur de 1854 répudie cette tradition, et il y a là de sa part une innovation voulue et réfléchie. Le rapport qui précède le décret est très formel à cet égard : « On avait cru, y est-il dit, trouver un remède aux abus antérieurs en ouvrant aux parties, en matière civile, l'appel devant la Cour ». La suite du texte fait valoir les inconvénients du système, la Cour trop éloignée des justiciables musulmans, les frais beaucoup trop considérables nécessités par les appels portés devant cette Cour, puis il conclut, « on se trompa donc », et il motive de la sorte le principe nouveau consacré par le décret, celui de l'indépendance en matière civile de la justice indigène vis-à-vis de la justice française. On fait valoir en outre que les magistrats français peuvent n'être pas suffisamment initiés à la lé-

gislation musulmane, fort obscure et complètement dépourvue de formules précises, qu'enfin ils ne possèdent point une connaissance suffisante de la langue arabe, des mœurs et des habitudes de la population.

Il est intéressant de retenir et de bien noter les divers arguments à l'appui du système nouveau, ils seront pour nous autant d'éléments dans l'étude de la question de savoir s'il vaut mieux faire juger les indigènes par leurs coreligionnaires ou attribuer au contraire la connaissance de leurs litiges aux tribunaux français. Nous ne faisons ici qu'indiquer la question.

Quoi qu'il en soit, le système du décret est bien tranché : il isole complètement la justice indigène de la justice française, cette dernière n'est plus en rien mêlée à l'administration de la justice civile aux indigènes.

Les midjlès remplacent la Cour comme tribunaux d'appel : c'est là une innovation non moins considérable que la précédente ; on y remarque surtout une intervention complète dans les fonctions jusqu'alors dévolues à ces assemblées : les midjlès ne sont, avons-nous dit, que des comités consultatifs ; ils conseillent le cadi, ils ne jugent pas ; les ordonnances rendues jusqu'alors leur avaient scrupuleusement conservé ce caractère ; au contraire le décret les érige en tribunaux. Il y a toutefois là un changement sur lequel le législateur semble se méprendre : ici comme précédemment il innove, mais ici, peut-on dire, il innove inconsciemment. Il semble qu'on ait perdu de vue la véritable doctrine musulmane et que l'on pense que les midjlès étaient dans le principe et ont toujours été des tribunaux.

Le rapport présentant le résumé de l'organisation précédente ne dit-il point : « L'appel des jugements rendus

par les cadis est porté devant le midjlès, tribunal supérieur composé de muphtis, cadis et oulémas ». C'est une erreur ; il y a là une véritable méprise sur la législation précédente ; le rapporteur du décret confond ce qui sera l'œuvre propre du décret avec l'état de choses préexistant.

Le personnel des tribunaux musulmans ainsi constitués reste à peu près le même que ce qu'il était auparavant : nous trouvons toujours dans chaque mahakma de cadi, le cadi et des adels en nombre variable suivant l'importance de la circonscription, deux au moins (art. 14) ; l'un des adels remplit les fonctions de naïb ou suppléant en cas d'empêchement du cadi, l'autre fait fonction de greffier.

Le midjlès comprend quatre membres choisis parmi les muphtis, cadis et oulémas du ressort et deux adels (art. 15).

A chaque tribunal musulman sont attachés un ou deux aouns, sorte d'huissiers audienciers chargés spécialement de la remise des avertissements des parties ; puis des oukils en nombre variable, sorte de mandataires musulmans « qui peuvent seuls représenter les parties, ou défendre leurs intérêts, lorsque ces parties ne comparaissent pas ou ne se défendent pas elles-mêmes » (art. 21 et 22 du décret).

Le décret pose enfin les règles relatives à la nomination, au remplacement provisoire, à la suspension, à la révocation des divers agents de l'administration judiciaire musulmane ; il indique les diverses autorités compétentes ; nous renvoyons pour les détails au texte même du décret. Toutes ces dispositions font l'objet du titre 2,

articles 14 à 23. Notons encore l'article 10 qui prévoit le mode de rétribution de tous ces fonctionnaires.

Deux dispositions plus importantes sont celles des articles 6 et 9 : le premier impose aux tribunaux musulmans l'obligation de statuer à peine de déni de justice sans qu'ils puissent se retrancher derrière le silence ou l'obscurité de la loi ; la règle contraire était suivie dans le droit musulman, il y avait donc un intérêt spécial à mentionner notre disposition dans le décret. Quant à l'article 9, il est relatif à la garantie judiciaire des membres et agents des tribunaux musulmans ; il décide que ces membres et agents ne peuvent être traduits en justice pour actes relatifs à leurs fonctions qu'après l'autorisation du Gouverneur général. Ils seront directement traduits, en cas d'autorisation, devant la Cour impériale d'Alger, en territoire civil, et devant les conseils de guerre de la division, en territoire militaire.

Il nous reste à examiner trois dispositions capitales du décret, qui forment comme le complément de l'organisation nouvelle ; nous voulons parler du conseil de jurisprudence musulmane, de l'organisation d'un pouvoir de surveillance sur la justice indigène, et enfin de la faculté donnée aux indigènes, sous certaines conditions, de porter leurs litiges devant les tribunaux français.

1° *Conseil de jurisprudence musulmane.* — Dans le système de 1854 les tribunaux musulmans sont complètement indépendants des tribunaux français ; la Cour d'Alger dans sa fonction de tribunal d'appel est remplacée par les midjlès qui sont au nombre de 21 et qui seront comme autant de cours souveraines. Il n'y a plus de pouvoir régulateur unique capable d'unifier la juris-

prudence. Il pourra ainsi s'établir des courants de jurisprudence très différents les uns des autres ; ce danger est surtout à craindre en présence d'une législation comme la loi musulmane formée de règles éparses dans de nombreux commentaires et sujettes à tant d'interprétations diverses. Ce danger, remarquons le, n'existait pas théoriquement au moins dans le système judiciaire musulman d'avant la conquête, puisqu'il était toujours possible d'en référer au souverain de qui relevaient en somme tous les cadis ; il n'existait pas davantage dans le système des ordonnances qui instituaient la Cour d'Alger comme tribunal d'appel unique. — Pour y parer, le décret établit un « Conseil de jurisprudence musulmane » siégeant à Alger. Ce Conseil fait l'objet du livre 2 du décret. Il se compose de neuf membres choisis parmi les muphtis, cadis ou oulémas de l'Algérie. — Son but est d'établir, nous dit le rapport, l'uniformité dans la jurisprudence. Son rôle est de donner un avis motivé sur les questions de législation et de jurisprudence qui lui sont soumises par l'autorité supérieure ; cet avis est revêtu de l'approbation du ministre compétent, et il devient à l'avenir obligatoire pour les tribunaux musulmans.

Ce conseil n'est donc pas un troisième degré de juridiction ; les parties n'ont pas le droit de se pourvoir devant lui ; c'est l'autorité supérieure seule qui provoque ses avis. Il n'est point davantage comparable au midjlès primitif, il s'en distingue en effet par l'interdiction faite aux parties de provoquer son avis et par cette règle suivant laquelle l'avis une fois émis devra être à l'avenir suivi. Si l'on voulait trouver dans notre organisation judiciaire quelque analogie avec ce conseil, peut-

être la trouverait-on dans les pourvois formés par le Ministère public dans l'intérêt de la loi, bien que les décisions sur ces pourvois ne jouissent pas de l'autorité absolue reconnue pour l'avenir aux avis du Conseil.

2° L'institution que nous venons d'examiner a pour effet d'attribuer à l'autorité supérieure une certaine surveillance sur les tribunaux musulmans; mais cette surveillance est indirecte et ne s'exerce que sur leur jurisprudence. Une autre, plus efficace, résulte de l'article 8 aux termes duquel « la direction et la surveillance de la justice musulmane appartiennent sous l'autorité du gouverneur général, en territoire militaire au général commandant la division, et en territoire civil au préfet du département ». Ces autorités sont directement investies du pouvoir de surveillance spécifié au texte; ce pouvoir ne s'exerce plus seulement sur la jurisprudence, il embrasse toute la « justice musulmane », expression qui comprend à la fois les décisions rendues, la manière dont elles le sont, les fonctionnaires qui les rendent; c'est l'administration même de la justice aux musulmans qui se trouve ainsi placée sous le contrôle de l'autorité française.

On remarquera que ce contrôle ne porte aucune atteinte au principe de l'indépendance des deux justices. Ce ne sont point les chefs de la justice française qu'on investit du pouvoir de contrôle sur la justice indigène, ce sont les chefs de l'administration militaire ou civile; on ne souffre aucun empiètement d'une justice sur l'autre, chacune ressortit à un département distinct, aucune communication ne s'établit entre eux.

3° Cette idée de séparation absolue se retrouve encore dans la faculté donnée aux musulmans de porter

leurs litiges devant les tribunaux français, ou plus exactement dans la réglementation de cette faculté. Sans doute on permet aux indigènes de saisir d'un commun accord les tribunaux français (art. 28) ; cette faculté allait de soi, on ne pouvait leur interdire malgré eux l'accès de nos prétoires ; mais leur option doit avoir lieu avant que la juridiction musulmane n'ait été saisie car une fois saisie elle oblige les parties jusqu'à la fin du litige ; il ne dépend plus d'elles, fussent-elles d'accord, de recourir à la justice française (même texte) ; ce qu'elles ne peuvent faire directement, la loi les empêche de le faire d'une manière indirecte, en disposant (art. 29) que les tribunaux musulmans légalement saisis du litige en conserveront la connaissance nonobstant toutes cessions de droits à des justiciables français.

On peut voir là, sans doute, une application de cette règle de droit commun exprimée par l'adage *una electa via non datur regressum ad alteram*. Mais ces dispositions dans l'esprit du décret paraissent avoir surtout pour but de maintenir, bien tranchée, la séparation entre les deux justices et d'empêcher les parties d'interjeter par un recours tardif aux tribunaux français une sorte d'appel devant ces tribunaux des décisions de l'autre justice. C'est là l'idée mise en lumière par le rapporteur du décret : « il ne pourra ainsi, dit-il, pas plus y avoir d'appel d'un jugement de cadi devant la Cour que d'appel d'un jugement de première instance devant le midjlès ».

Ainsi, séparation complète de la justice indigène et de la justice française, indépendance de la première vis-à-vis de la seconde, tel est le principe de l'organisation créée par le décret de 1854.

SECTION II

SYSTÈME DU DÉCRET DU 31 DÉCEMBRE 1859.

L'organisation qui succède et que vient inaugurer le décret de 1859 s'inspire d'un principe opposé, c'est un retour à la tradition des ordonnances. Il suffit pour s'en convaincre de lire les articles 4 et 5 du décret, ainsi conçus :

ART. 4. « La justice entre les musulmans de l'Algérie est administrée au nom de l'Empereur, par les cadis, *par les tribunaux de première instance français et par la Cour impériale* ».

ART. 5. « Le territoire de l'Algérie pour l'administration de la justice musulmane est divisé en circonscriptions judiciaires *ressortissant aux tribunaux de première instance* ».

Ainsi les tribunaux français apparaissent de nouveau dans l'administration de la justice musulmane ; la barrière élevée par le décret de 1854 entre les deux justices est abaissée, l'appel des jugements des cadis est attribué à la juridiction française, c'est le système des ordonnances de 1841 et 1842 ; il a pourtant subi une modification, nous y reviendrons. .

Quels sont les motifs de ce changement ? Pourquoi l'organisation qui avait paru excellente en 1854, est-elle répudiée en 1859 ? Les travaux préparatoires et le rapport qui précède le décret fournissent la réponse.

On insiste d'abord sur les inconvénients graves du système de 1854, sur les mauvais résultats qu'il a produits ; ce système constitue un obstacle infranchissable

pour l'assimilation de l'élément indigène, il est donc contraire aux vues politiques du gouvernement et au but poursuivi depuis la conquête. Il n'est point admissible que deux justices s'exerçant sur le même territoire, procédant de la même autorité, se réclamant du même souverain, demeurent entièrement séparées et sans contact possible l'une avec l'autre. Les tribunaux musulmans livrés à eux-mêmes et protégés par leur omnipotence ont donné lieu aux réclamations les plus vives; la porte a été ouverte aux abus les plus choquants : ce sont les considérations qu'invoquait le législateur de 1841 pour faire admettre l'ingérence des tribunaux français. On insiste et l'on montre « les Cours d'assises qui retentissent des plaintes des justiciables musulmans contre la corruption de leurs juges »; des arrêts en ont flétri plusieurs, et si dans quelques occasions on n'a pas sévi autrement que par la destitution, c'est que sans profit pour les justiciables, on aurait déconsidéré une institution à laquelle les Arabes étaient encore forcés d'avoir recours.

Tel est le bilan de la justice musulmane livrée à elle-même; en regard de ce sombre tableau on nous dépeint les avantages du système de l'ingérence des tribunaux français, renouvelé des ordonnances. « Il initie la magistrature française à la langue, aux coutumes, aux mœurs arabes.... il popularise les idées de droit chez un peuple qui depuis des siècles n'a guère connu que l'empire de la force et de la violence. Le droit d'appel devant les tribunaux français établit le lien normal entre les deux justices ; sans secousse, sans froissement il fait rentrer la justice indigène dans le droit chemin ; il prévient les abus ou tout au moins il empêche que ces abus ne deviennent irréparables ».

Tel est le résumé de l'argumentation. Celle-ci s'inspire de vues élevées, elle peut dans certaines de ses parties être aujourd'hui encore mise à profit dans le débat toujours ouvert sur le mode d'administration le plus convenable de la justice aux indigènes.

Le décret s'appropriant le système préconisé par le rapport, maintient les cadis comme juridiction du premier degré et remplace les midjlès de 1854, comme tribunaux d'appel, par les tribunaux de première instance et par la Cour. C'est ici qu'apparaît la modification apportée au système des ordonnances.

La Cour n'est plus seule chargée de la connaissance des appels des jugements des cadis ; elle partage cette tâche avec les tribunaux de première instance suivant des règles que nous étudierons dans le chapitre suivant ; disons tout de suite que la distinction se base sur la valeur de l'intérêt en litige. Jusqu'à un certain chiffre les indigènes iront en appel devant le tribunal de première instance auquel ressortit le cadi qui a jugé ; au delà, ils devront comme par le passé porter leur appel devant la Cour. L'inconvénient, résultant du grand éloignement de la Cour d'Alger, pour les justiciables, se trouve diminué dans une mesure notable : pour les petits procès, on n'aura plus besoin de venir à Alger, l'appel en sera vidé à peu de frais par le tribunal de première instance le plus voisin. Il est ainsi répondu à l'argument principal qu'on invoquait en 1854 pour enlever à la juridiction française la connaissance des appels musulmans.

Que deviennent les midjlès dans le système du décret de 1859 ? Le décret précédent en avait fait des tribunaux d'appel, ils sont remplacés dans cette fonction par les

tribunaux français ; on les maintient néanmoins, mais on les rend à leur véritable rôle, ils redeviennent simples comités consultatifs : l'article 19 autorise les Arabes, dans les huit jours du jugement du cadi, à réclamer que l'affaire soit examinée de nouveau en assemblée de midjlès *constituée d'après les usages musulmans*. Ici encore le législateur de 1859 renoue la tradition des ordonnances, il revient à une saine interprétation de la doctrine musulmane.

On a bien soin de faire ressortir cette tendance générale des modifications introduites par le décret et de montrer « qu'elles tiennent compte des habitudes de l'Arabe, presque de ses susceptibilités » ; « le décret rend —, lisons-nous dans le rapport — à la juridiction des cadis et aux midjlès son véritable caractère ; de même que le recours à nos tribunaux qu'il institue se rattache à la tradition, c'est le recours au souverain dans la seule forme possible aujourd'hui ».

Nous avons vu jusqu'ici deux grandes innovations introduites par le décret (nouvelle juridiction d'appel, nouveau caractère des midjlès). Nous en trouvons une troisième qui s'inspire des mêmes principes, elle est relative à l'organisation de la surveillance des tribunaux indigènes. Ces tribunaux sont dorénavant déjà sous le contrôle de la juridiction française, par le fait même de la faculté d'appel devant cette juridiction. C'est là une surveillance très efficace dont on attend, nous l'avons vu, les plus heureux résultats. On croit cependant nécessaire de la renforcer en investissant une autorité supérieure d'un pouvoir direct à cet égard. Quelle sera cette autorité ? On se garde bien de suivre les errements du précédent décret : les pouvoirs dont étaient investis en 1854

les préfets et les généraux commandants de division passent aux chefs de la Cour d'Alger (art. 7) ; ces magistrats devront toutefois en territoire militaire se concerter avec les généraux commandants. On sent ici encore l'esprit nouveau du décret de 1859 qui bien loin d'empêcher tout contact entre la justice indigène et la justice française, favorise au contraire leur mutuelle pénétration.

On conserve avec soin la faculté déjà reconnue aux Arabes de porter d'un commun accord leurs différends devant les tribunaux de première instance français, on l'écrit en tête du décret (art. 1 et 2) comme pour mieux marquer le vœu du législateur de voir les indigènes recourir le plus souvent possible à la justice française. Cette faculté, en 1854, semblait leur être octroyée comme à regret ; nous avons vu dans quel esprit elle se trouvait réglementée. Rien de semblable dans le décret de 1859. Que les parties aient déclaré dans un acte leur volonté à cet égard (art. 1), ou qu'elles se trouvent simplement d'accord, elles peuvent porter leurs contestations devant les tribunaux français. Les autres prévisions du décret de 1854 ont disparu : elles s'inspiraient en effet de ce principe de la séparation complète des deux justices qui est aujourd'hui abandonné. Sans doute, on pourra reconnaître, même sous l'empire du nouveau décret, qu'un moment vient où les parties qui ont saisi le cadi ne peuvent plus revenir à la justice française, que la cession de droits litigieux à un justiciable français ne suffit point pour dessaisir le tribunal musulman, mais ces dispositions ne figurent plus dans le décret, les tribunaux auront toute latitude à cet égard.

Ces points essentiels du décret une fois mis en lu-

mière, il nous reste peu de chose à dire des autres dispositions relatives à l'objet de notre chapitre.

Le personnel des mahakmas, est ce qu'il était (art. 10 et 11) ; les articles suivants s'occupent de la nomination, du remplacement provisoire, de la suspension des membres des mahakmas, nous renvoyons à ces dispositions (art. 12 et s.) ; le mode de rétribution est prévu à l'art. 9.

L'article 6 relatif à l'obligation de juger nonobstant le silence ou l'obscurité de la loi est la reproduction de l'article 6 du décret de 1854.

L'article 8 relatif à la garantie judiciaire modifie sur un point l'article correspondant du décret 1854 en disposant que « en cas d'autorisation ils (les membres des tribunaux musulmans) seront traduits sans distinction de territoire, en matière correctionnelle devant la Cour impériale d'Alger, en matière criminelle devant la Cour d'assises compétente ».

L'obligation pour les cadis de tenir des registres et d'y inscrire régulièrement leurs jugements se trouve rappelée dans le titre 4, article 51 et s.

Les aouns et les oukils subsistent avec leurs précédentes attributions (art. 14 et 15).

Voilà pour les mahakmas de cadis. Quand aux midj-lès, le décret très laconique à cet égard se contente d'indiquer (art. 19 *in fine*) qu'ils seront constitués d'après les usages musulmans.

Citons pour terminer l'article 24 aux termes duquel « les tribunaux de première instance et la Cour sont assistés pour le jugement des appels entre musulmans, de deux assesseurs musulmans ayant voix consultative ». C'est une nouvelle garantie « accordée aux indigènes et renouvelée d'ailleurs du décret de 1854 ».

SECTION III.

SYSTÈME DU DÉCRET DU 13 DÉCEMBRE 1866.

L'esprit général de ce troisième décret, tel qu'il se révèle dans les travaux qui l'ont précédé, est non pas de remplacer le décret de 1859, mais de l'améliorer. Le grand principe du décret précédent, celui de la participation des tribunaux français à l'administration de la justice musulmane est maintenu, on cherche seulement à améliorer certains détails de son application. Ce que l'on veut en 1866, tout en maintenant l'organisation précédente dont on proclame « l'esprit éminemment libéral et bienveillant », c'est donner satisfaction à certains vœux de la population musulmane, c'est lui assurer par une sorte de perfectionnement de ce qui existe « une justice conforme à ses besoins, digne à la fois de la France et de l'Empereur qui la lui donne » (Rapport précédant le décret).

Ces tendances se manifestent dans les modifications apportées à l'organisation des juridictions, nous allons les examiner ; elles se réfèrent soit aux juridictions du premier degré, soit à celles du second degré.

Juridictions du premier degré. — Le cadi est maintenu, mais on cherche à l'améliorer, on exige de lui des conditions d'aptitude jusqu'ici non prévues : dans un avenir de trois années tout cadi nommé devra être âgé de 27 ans accomplis et muni d'un certificat d'études délivré par une commission instituée à cet effet (art. 12) ; on réduit le nombre des cadis (art. 10) ce qui va permettre « en élevant leur traitement et en les graduant par

classes de faire de meilleurs choix, d'exiger plus de zèle, de récompenser le mérite et les bons services » ; on substitue d'ailleurs aux rétributions par vacations un traitement fixe en rapport avec la dignité de la fonction (art. 9 et 10) ; enfin aux moyens de discipline déjà existants à l'égard des cadis on ajoute la faculté pour le Gouverneur général de prononcer la suppression temporaire du traitement (art. 12). On cherche de même à améliorer les bachadels et les adels qui assistent le cadi ; des conditions d'aptitude analogues aux précédentes, quoique moins sévères, sont exigées.

On maintient la règle des précédents décrets suivant laquelle (art. 10) « il y a par circonscription judiciaire un cadi maleki et lorsque le chiffre de la population hanéfite le rend nécessaire un cadi hanefi ».

Sur ce point notons que la jurisprudence sous l'empire du décret de 1859 (art. 20), admettait que l'incompétence du cadi malékite au regard des hanéfites n'était que relative et proposable seulement au début de l'instance ; (1) la solution ne changerait pas avec le nouveau texte.

On maintient de même le système de la garantie judiciaire reconnue aux membres des tribunaux musulmans (art. 8) ; ce système, remarquons-le, est exclusif des garanties édictées pour la magistrature française par les articles 483, 486 du Code d'instruction criminelle ; l'autorisation spécifiée dans les décrets est la seule garantie à laquelle la magistrature musulmane puisse prétendre, c'est ce que proclame un arrêt de la Cour d'Alger du 26 février 1859 (2).

(1) Alger, 30 avril 1861, Robe, 1861, p. 149.

(2) Robe, 1859, p. 152.

A côté du cadi nous savons qu'il existe une autre juridiction du premier degré, les tribunaux français qui sont facultatifs pour les indigènes. Cette règle des décrets antérieurs est maintenue, mais ici encore on essaie d'améliorer le système.

Les indigènes devaient en 1854 comme en 1859 s'adresser au tribunal de première instance de leur domicile sauf appel à la Cour impériale ; c'était là une procédure longue et coûteuse peu en rapport avec les mœurs indigènes. On remplace le tribunal de première instance par le juge de paix (art. 2) qui offre ce double avantage d'être plus près des justiciables et de trancher les différends à peu de frais ; on fait valoir l'analogie de la procédure des justices de paix avec celle des cadis ; les indigènes iront, on l'espère, plus volontiers et plus souvent à la justice de paix qu'ils n'allaient au tribunal ; le champ ouvert aux tribunaux français dans l'administration de la justice indigène se trouvera de la sorte élargi. C'est le même but que l'on poursuivait en 1859, on cherche à l'atteindre par des moyens jugés meilleurs ; ce que l'on veut par cette substitution des juges de paix aux tribunaux, c'est pousser le plus possible les indigènes vers la justice française, c'est les amener graduellement à en reconnaître la supériorité, à recueillir dans la pratique journalière de nos lois et dans l'habituelle fréquentation de nos magistrats quelques précieuses semences d'assimilation et de progrès. Nous citons les expressions mêmes du rapport.

Il est intéressant de noter en passant toutes les raisons invoquées en faveur du système de la pénétration des deux justices inauguré en 1859 qui rompait en visière avec celui de 1854.

Les midjlès consultatifs restaurés en 1859 étaient tombés en désuétude, le décret de 1866 tend à leur rendre une existence régulière en fixant d'une manière précise leurs attributions, leur résidence, leur composition (art. 19) ; il estime qu'il y a là un rouage essentiel au fonctionnement de la justice indigène qui ne doit pas disparaître. Les règles tracées par le décret relativement à la composition de ces assemblées devront, cela va de soi, être observées à peine de nullité de leurs sentences ; c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans son arrêt du 14 juillet 1873 (1).

Juridictions du second degré. — C'est ici la partie la plus importante des modifications apportées par le décret. Le système de 1859 remplaçait comme tribunaux d'appel les midjlès soit par la Cour, soit par les tribunaux de première instance suivant les cas ; c'étaient donc toujours des tribunaux français qui jugeaient en appel ; les indigènes n'avaient point comme au premier degré le choix entre les deux justices. Cette exclusion absolue de la justice indigène avait motivé certaines réclamations : il avait paru aux Arabes que leurs contestations de statut personnel, celles qui touchaient plus particulièrement à la loi religieuse, au mariage, à la constitution de la famille ne pouvaient être sainement jugées que par des musulmans et que, pour ces contestations du moins, il y avait lieu d'instituer un tribunal d'appel exclusivement composé de magistrats musulmans.

Nous allons voir comment le décret a repoussé cette création tout en cherchant à donner autrement satisfaction aux vœux des indigènes.

(1) Robe, 1873, p. 181.

La création demandée était un retour au système de 1854 puisqu'elle tendait pour les matières susvisées à la séparation absolue des deux justices ; ce système était unanimement répudié, nous l'avons vu, on ne doit donc pas s'étonner de la résistance opposée par le législateur de 1866. Voyons comment il la motive :

Ce serait tout d'abord, est-il dit dans le rapport à l'Empereur, porter atteinte à la souveraineté française ; la France ne doit pas abdiquer le droit de justice en dernier ressort, attribut essentiel de la souveraineté, au profit des musulmans sujets français, sans doute, mais non citoyens ; séparer la justice indigène de la justice française, c'est élever un obstacle de plus à l'assimilation des deux peuples, on l'a supprimé en 1859, il ne faut pas le faire renaître même en partie. Un autre inconvénient de cette dualité de juridictions se trouve dans les conflits nombreux, dans les empiètements réciproques de l'une sur l'autre qui se produirait fatalement et chaque fois on devrait recourir à la Cour suprême ; de là une complication très grande, une multiplicité de frais introduits dans l'administration de la justice musulmane sans profit pour les indigènes. La justice musulmane a ses abus graves et nombreux ; elle a besoin de surveillance ; la surveillance la plus efficace est celle qui résulte du droit d'appel devant notre juridiction, on supprime cette surveillance en supprimant ce droit d'appel. Le recrutement des magistrats musulmans est déjà difficile dans les conditions actuelles ; le décret a restreint le nombre des cadis pour permettre un choix meilleur ; que serait-ce s'il fallait chercher encore tous ces magistrats supérieurs musulmans destinés à composer les tribunaux d'appel ? la population

musulmane dans son état actuel ne saurait y suffire. Il y aurait enfin là une charge très lourde pour le trésor.

Tel est le résumé de l'argumentation. On conclut qu'il faut renoncer à créer des tribunaux supérieurs musulmans et l'on cherche dans une combinaison autre le moyen d'y suppléer. Cette combinaison se résume en quatre règles posées dans le décret et dont il nous reste à parler.

On donne une première satisfaction aux indigènes en restaurant les *midjlès* et en assurant pour l'avenir leur fonctionnement régulier, c'est l'objet de l'article 19, nous en avons déjà parlé. Les indigènes auront ainsi toute latitude pour faire examiner avec le plus de garanties possibles leurs contestations au premier degré, pour assurer l'exacte interprétation de leur loi.

Les trois autres innovations ont trait au jugement des contestations en appel ; elles sont relatives au rapprochement de la juridiction d'appel du justiciable musulman, à l'institution des chambres mixtes, à la création d'un Conseil supérieur de droit musulman.

D'après le système de 1859 les musulmans vont en appel jusqu'à un certain chiffre devant les tribunaux d'arrondissement, au delà de ce chiffre devant la Cour d'Alger. Pour réaliser le rapprochement dont nous parlons, on élève le taux de la compétence d'appel des tribunaux de première instance ; au delà de ce taux on maintient la Cour pour la province d'Alger, on la remplace par le tribunal chef-lieu pour les deux autres provinces. Nous renvoyons les détails de compétence au chapitre suivant ; notons seulement qu'avec le décret de 1866 les tribunaux chefs-lieux de Constantine et d'Oran apparaissent avec un rôle nouveau dans l'orga-

nisation de la justice musulmane (art. 22 et 23 du décret).

L'institution des chambres mixtes (art. 24, al. 1, 2, 3) se réalise par la transformation des assesseurs musulmans en véritables juges. On se souvient que d'après le système de 1859, la Cour et les tribunaux étaient assistés pour le jugement des appels entre musulmans, de deux assesseurs musulmans ayant voix consultative (art. 24, D. 1859). On décide qu'à l'avenir les assesseurs auront voix délibérative, on les transforme par là même en véritables juges musulmans, on assure seulement la majorité d'une voix à l'élément français. Observons, qu'au point de vue des règles de la garantie judiciaire, les assesseurs musulmans sont assimilés aux magistrats français ; on fait une distinction entre eux et les membres des tribunaux musulmans (art. 8). Ce sont les assesseurs ainsi transformés qui, avec les magistrats français, forment les chambres mixtes suivant les proportions suivantes : à la Cour et dans les deux tribunaux chefs-lieux, trois magistrats français et deux assesseurs musulmans ; dans les autres tribunaux, deux magistrats français et un assesseur musulman. Les chambres mixtes ainsi constituées à la Cour et dans chaque tribunal, connaîtront seules des appels musulmans, à l'exclusion des juridictions dont elles font partie.

Il est sensible qu'il y a là une garantie très sûre accordée aux indigènes au point de vue de la saine application de leur loi ; c'est en même temps un témoignage d'estime accordé aux magistrats musulmans. Le rapport fait observer qu'on leur accorde ce bénéfice pour toutes matières et non pas seulement pour celles qui faisaient l'objet de leurs revendications ; on va donc au delà de leurs vœux.

Est-ce à dire que pour les matières qui touchent à la loi religieuse et à l'état civil des parties, on n'accorde pas aux indigènes un surcroît de garanties? Nullement, car c'est ici qu'intervient le Conseil supérieur de droit musulman. Ce Conseil, composé de cinq jurisconsultes musulmans, choisis parmi les plus savants des trois provinces, est institué à Alger, et, si dans le cours d'une procédure sur appel, les juges estiment que la décision du procès dépend de la solution d'une question touchant à la loi religieuse ou à l'état civil des musulmans, ils doivent d'office ou sur la demande des parties ou de l'une d'elles soumettre préalablement cette question au conseil ; telle est la règle écrite dans l'article 24 du décret. Il y a là une règle impérative pour les tribunaux et pour la Cour elle-même (1). Ce n'est point un simple avis qu'émet le Conseil supérieur, c'est une décision sur le point de droit à laquelle le juge du fond doit se conformer en la visant dans son jugement. Le Conseil, saisi par le tribunal, procède par simple correspondance, sans intervention des parties et sans frais ; il est tenu de faire connaître sa réponse dans un délai qui ne peut excéder un mois. Ce recours au Conseil n'aura donc pour effet ni d'augmenter les frais, ni de retarder outre mesure la solution des procès.

Le Conseil de droit musulman du décret de 1866, se distingue du Conseil de jurisprudence musulmane qu'avait institué le décret de 1854 ; bien que répondant au fond au même besoin, il reçoit de la loi un mode de fonctionnement très différent. Le Conseil de jurisprudence de 1854 a principalement pour but d'unifier la ju-

(1) Alger, Chambre musulmane, 8 juin 1868 ; Robe, 1869, p. 52.

jurisprudence de vingt-un midjlès entre lesquels se partage alors la connaissance des appels entre musulmans ; c'est aussi un moyen de surveillance sur ces tribunaux mis à la disposition de l'autorité supérieure française ; à l'autorité supérieure seule il appartient de provoquer ses avis ; elle peut les provoquer sur toutes matières ; elle les provoque en dehors de l'instance ; ils sont obligatoires à l'avenir pour les tribunaux musulmans et pour toutes les instances où la même question s'agitera. Le Conseil de droit musulman de 1866 a pour but d'assurer une saine interprétation des questions touchant à la loi religieuse ou à l'état civil ; il n'apparaît pas comme un moyen de surveillance des tribunaux musulmans, ce n'est point d'ailleurs la jurisprudence de ces tribunaux, mais bien celle des tribunaux français qu'il est destiné à fixer ; il ne peut être consulté sur toutes matières, mais seulement sur celles limitativement énumérées par le décret ; c'est dans le cours même de l'instance qu'on provoque ses avis, c'est le tribunal lui-même ou les parties en cause qui les provoquent ; il n'apparaît point que les avis qu'il émet soient obligatoires en dehors de l'instance sur laquelle ils sont intervenus.

On peut enfin noter que la composition des deux Conseils diffère.

Le Conseil supérieur de droit musulman devait-il rendre tous les services qu'on en attendait ? Ses services devaient-ils être en rapport avec les charges relativement lourdes, que cette institution imposait au Trésor ? M. le premier président de Ménerville semblait émettre dès 1871 quelques doutes à cet égard. Dans une étude sur ce conseil, M. de Ménerville montre que parmi toutes les questions dont les indigènes voulaient réserver la connaissance aux tribunaux musulmans, celle à laquelle

ils tenaient le plus était la question fameuse en droit musulman de la durée possible de la gestation de la femme. Les commentateurs les plus autorisés de la loi coranique lui assignent en effet une durée qui va jusqu'à 4 et 5 ans, et nos tribunaux français montraient une répugnance invincible à se plier à cette doctrine. L'auteur insinue que c'est peut-être cette question qui a déterminé la création du Conseil, puis il ajoute : sait-on ce qu'il coûte par an ? 28.000 francs ; sait-on combien de fois il a été consulté depuis cinq ans qu'il existe ? neuf fois, d'où il suit que chacun de ces avis a coûté plus de 15.000 francs. Sait-on enfin la réponse qu'il vient de donner sur la question célèbre de la durée de gestation ? C'est qu'elle est au plus de neuf mois et au moins de six. On peut penser avec M. le premier président de Ménerville que c'était payer cher la solution d'une question qui est tranchée d'une manière plus libérale encore par l'article 315 de notre Code civil. Quatre ans plus tard un décret du 11 novembre 1875 ferait disparaître cette coûteuse institution.

Nous en avons fini avec les modifications essentielles apportées par le décret de 1866 à l'organisation des tribunaux musulmans.

Le décret contient encore des règles relatives au personnel des tribunaux musulmans, à la garantie judiciaire de leurs membres, à la surveillance des tribunaux indigènes (art. 7 à 12 et art. 15 du décret). Elles ne sont guère, sauf quelques modifications secondaires, que la reproduction des règles déjà posées par le décret de 1859 ; nous nous bornons à renvoyer au texte pour les détails et nous passons à l'étude des attributions et de la compétence des tribunaux musulmans.

CHAPITRE II

DE LA COMPÉTENCE

L'organisation des tribunaux musulmans dans cette seconde période est, on l'a vu, assez compliquée. De nouvelles juridictions musulmanes sont apparues ; leurs attributions, au moins pour quelques-unes d'entre elles, ont subi de 1854 à 1886 des modifications profondes ; les questions de compétence se sont ainsi multipliées, elles présentent un ensemble assez complexe.

Notre but est de déterminer la compétence, les attributions propres de chacune des juridictions appelées à rendre la justice aux indigènes. Dans ces juridictions il se rencontre d'une part des tribunaux indigènes proprements dits, mahakmas de cadis, midjlès, etc..., d'autre part des tribunaux français, juges de paix, tribunaux de première instance, Cour d'Alger ; ces derniers tribunaux qui sont appelés dans leurs fonctions normales à juger les Français, jugent par exception seulement et sous certaines conditions spéciales les indigènes. On dit, dans ce dernier cas, qu'ils siègent en matière musulmane ; on parlera par exemple du juge de paix, du tribunal, de la Cour « statuant en matière musulmane ». C'est cet ensemble de juridictions indigènes et françaises « siégeant en matière musulmane » qui constitue la justice musulmane proprement dite par opposition à la justice française de droit commun.

Pour exposer notre matière avec méthode nous procéderons de la manière suivante : Nous étudierons dans une première section la compétence générale de la justice musulmane telle qu'elle vient d'être définie ; nous envisagerons la question dans son ensemble ; nous essaierons de tracer une ligne de démarcation entre les deux justices, justice musulmane d'un côté, justice française de droit commun de l'autre. Ce travail terminé il nous restera dans une seconde section à marquer la compétence propre de chacune des juridictions composant la justice musulmane, soit au premier soit au second degré ; en d'autres termes nous ferons le départ entre les diverses juridictions, des attributions que nous aurons reconnues appartenir en propre à la justice musulmane.

SECTION I

COMPÉTENCE GÉNÉRALE DE LA JUSTICE MUSULMANE.

La justice musulmane est une justice exceptionnelle ; elle n'est, en règle, appelée à connaître que des personnes et des choses musulmanes ; telle est l'idée générale qu'on peut donner de la compétence de cette juridiction.

Des difficultés nombreuses ont été soulevées dans la pratique ; elles se rattachent soit aux personnes qui plaident, soit à la matière sur laquelle on plaide. Nous suivrons cette division et nous examinerons dans deux paragraphes distincts la compétence de la justice musulmane : 1^o au point de vue des personnes ; 2^o au point de vue de la matière du procès.

§ 1. — Compétence de la justice musulmane au point de vue des personnes.

Voyons d'abord les textes :

« Les tribunaux musulmans — nous dit l'article 2 du décret de 1854 — connaissent des matières civiles et commerciales entre indigènes musulmans ».

L'article 28 ajoute : « les parties peuvent d'un commun accord porter leur contestation devant les tribunaux français de leur domicile, qui statuent alors selon les règles de compétence et les formes de la loi française ». Ainsi les juridictions musulmanes sont compétentes au regard des indigènes musulmans, mais ceux-ci sous certaines conditions peuvent également s'adresser aux juridictions françaises, voilà ce que nous dit le décret de 1854 ; la compétence des tribunaux musulmans sera pour les musulmans une compétence normale sans être pourtant une compétence nécessaire puisqu'ils ont une faculté d'option pour les tribunaux français.

Prenons le décret de 1859 ; nous lisons, article 17 : « Sauf les exceptions résultant des articles 1 et 2 les cadis connaissent en premier ressort de toutes les affaires civiles et commerciales *entre musulmans* ainsi que des questions d'état ». Quelles sont maintenant les exceptions ? L'article 1, § 2 nous dit : « Toutefois la déclaration faite dans un acte par les musulmans, qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française entraîne l'application de cette loi et la compétence des tribunaux français » ; et l'article 2 ajoute : « les parties peuvent également d'un commun accord porter leur contestation devant le tribunal français de leur circons-

cription qui statue alors selon les règles déterminées par le présent décret ». La règle en 1859 est donc la même qu'en 1854 : compétence normale des tribunaux musulmans pour les musulmans, avec faculté pour ceux-ci de leur préférer la juridiction française. On remarquera que cette faculté semble pour ainsi dire élargie par le décret de 1859 ; elle est écrite en tête du décret ; on précise un cas nouveau de compétence des tribunaux français, nous reviendrons sur ce point.

Prenons enfin le décret de 1866 : il conserve dans ses articles 1 et 2 les règles du décret précédent, il y apporte une précision en disposant (art. 1) : « La loi musulmane régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles et commerciales entre musulmans indigènes *et entre ceux-ci et les musulmans étrangers...* » ; d'où il est logique d'induire que les musulmans étrangers dans leurs contestations avec les musulmans indigènes ressortissent comme ces derniers aux tribunaux musulmans, ils y sont attirés par leurs adversaires justiciables de ces tribunaux. Il est bien entendu qu'entre musulmans étrangers le droit commun demeure réservé.

Deux grandes règles se dégagent de tous ces textes : 1° c'est d'abord la compétence générale de la justice musulmane au regard des musulmans ; 2° c'est en second lieu la faculté pour ceux-ci de s'adresser à la justice française de droit commun. Ce ne sont point des innovations : la première règle s'impose ; nous l'avons trouvée écrite dans l'arrêté du 22 octobre 1830 et tous les actes législatifs postérieurs l'ont consacrée ; quand à la seconde elle apparaissait déjà dans l'ordonnance du 10 août 1834 (art. 27).

Nous étudierons successivement ces deux règles.

A. — Première règle.

« La justice musulmane est investie d'une compétence générale au regard des musulmans ». Il semble bien résulter de là *a contrario* que dès l'instant où un non-musulman apparaît dans la cause, la justice musulmane devient incompétente. C'est en effet une justice d'exception qui doit rester sans pouvoir là où un texte formel ne lui en attribue point. Divers arrêts l'ont décidé ainsi.

La justice musulmane, nous dit la Cour d'Alger (1), cesse d'être compétente lorsqu'un non musulman est engagé dans l'affaire, et il n'importe que ce non musulman n'ait figuré dans l'instance qu'à l'origine et ait depuis été mis hors de cause.

Les cadis, porte l'arrêt du 24 novembre 1875 (2) ne peuvent connaître que des contestations entre musulmans. La Chambre musulmane, dit à son tour l'arrêt du 18 octobre 1878 (3) ne peut connaître d'un acte où un français a été partie. Qu'un créancier français usant des droits que lui confèrent les articles 1166 et 2205 du Code civil demande le partage de biens indivis entre musulmans et provenant de la succession d'un musulman, c'est une demande où un non musulman se trouve partie, donc il faut nécessairement la porter devant les tribunaux français (4) ; que dans un litige entre musulmans intervienne un non musulman — un résident européen, dans l'espèce — agissant en son nom personnel et pour la consécration d'un droit qui lui est propre (5), voilà encore

(1) Alger, 15 juillet 1872 ; Robe, 1872, p. 192.

(2) Robe, 1875, p. 263.

(3) Robe, 1880, p. 193.

(4) Alger, 1^{er} mai 1879 ; Robe, 1879, p. 255.

(5) Cette précision indique que la solution donnée par l'arrêt précédent

un cas d'incompétence pour les tribunaux musulmans et il n'importe que l'intervenant se présente comme cessionnaire de droits successoraux ou comme simple créancier (1). Qu'au lieu d'un non musulman français ou résident européen, il s'agisse d'un musulman naturalisé français, la solution sera encore la même ; un tel musulman est justiciable des tribunaux français pour les contestations qui s'élèvent entre lui et d'autres indigènes et par suite, s'il porte son différend devant le cadi — il s'agit dans l'espèce d'une demande en divorce, — le cadi doit se déclarer incompétent (2).

Ainsi les tribunaux musulmans soit du premier, soit du second degré ne peuvent connaître que des litiges intéressant des musulmans seuls ; dès l'instant qu'un non musulman apparaît, qu'il soit Français, résident européen ou musulman naturalisé, qu'il agisse en son nom personnel, ou au nom de son débiteur même musulman, quelle que soit la matière du procès, matière successorale, matière de statut matrimonial, il n'importe ! les tribunaux musulmans deviennent incompétents et il faut nécessairement recourir aux tribunaux français ; voilà ce que proclament les arrêts que nous venons d'examiner.

Cette doctrine paraît bien être celle qui prévaut sur la fin de la période que nous étudions. Mais elle n'a pas été admise d'un seul coup ; des résistances se sont produites sur certains points, examinons-les. On ne s'est d'abord pas entendu au sujet d'une certaine catégorie de

pour un créancier français agissant en vertu de l'article 1166 du Code civil, est sujette à controverse, nous retrouverons ultérieurement cette question.

(1) Alger, 16 juin 1879 ; Robe, 1879, p. 294.

(2) Alger, 12 mai 1879 ; Robe, 1880, p. 174.

musulmans d'un rite dissident ; certains ont pensé que les musulmans en question, ce sont les mozabites, échappaient à la compétence des juridictions musulmanes de droit commun. On a soutenu à l'inverse que pour certaines matières, matières successorales, matières de statut matrimonial, la compétence restait aux juridictions musulmanes, nonobstant la présence au débat d'un non musulman.

Les difficultés de la première sorte se rattachent à la situation des mozabites.

L'annexion du M'Zab date de 1882. Les mozabites sont des musulmans schismatiques ; la distance qui les sépare des musulmans sunnites est la même que celle qui dans la chrétienté sépare les catholiques des protestants. Au moment de la conquête de l'Algérie, nous les trouvons formant une secte à part dans les diverses villes d'Algérie ; ils sont réunis en corporations présidées par un amine qui est nommé par le bey et lui paie diverses redevances ; cet amine a des prérogatives fort étendues, il réunit vis-à-vis de ses coreligionnaires tous les droits de police et de juridiction. Les cadis n'interviennent pas dans les affaires de la corporation ; ces affaires sont réglées soit par l'amine, soit directement par le bey lorsque le litige est entre mozabites et musulmans orthodoxes.

Divers actes législatifs viennent après la conquête soumettre les corporations mozabites à certaines réglementations ; on limite certains de leurs privilèges jugés excessifs. Mais on laisse subsister leurs amines, et ceux-ci a-t-on pu dire, remplissent vis-à-vis d'eux des fonctions analogues à celles d'un consul vis-à-vis de ses nationaux.

Une convention du 22 avril 1853 régularise la situation des mozabites vis-à-vis de la France et vient consolider les privilèges de leur amines. Les cadis continuent à être exclus de la connaissance de leurs affaires. Ils cherchent cependant à s'immiscer. L'autorité française doit intervenir et par instruction du 28 novembre 1866 le gouverneur général décide que comme conséquence logique de la convention du 22 avril, les mozabites en résidence dans les villes d'Algérie continueront à s'administrer eux-mêmes, notamment en ce qui concerne le règlement des successions de leurs coreligionnaires décédés hors du M'Zab. Les corporations sont supprimées par décret du 25 septembre 1868, mais les instructions précédentes restent en vigueur. Notamment les amines continuent à subsister à titre officieux, et ils conservent la plupart de leurs attributions vis-à-vis de ceux de leurs coreligionnaires qui veulent bien les reconnaître encore.

Voilà pour les mozabites hors du M'Zab. Dans le M'Zab même, la justice civile est rendue au premier degré de juridiction dans chacune des sept villes par le cheik de la mosquée assisté de deux ou quatre iazzaben ou tolbas. Un midjlès établi à Ghardaïa et composé de trois iazzaben de chaque ville sous la présidence d'un cheik de mosquée constituait la juridiction d'appel.

Voyons maintenant les actes législatifs qui après l'annexion fondent au M'Zab le nouvel ordre de choses. On trouve : la décision présidentielle du 21 décembre 1882 sur l'occupation du M'Zab et son annexion au territoire de l'Algérie ; l'arrêté du gouverneur général du 28 décembre 1882 portant création du cercle de Ghardaïa, celui du 1^{er} janvier 1883 portant nomination des

membres des mahakmas ibadites des sept villes du M'Zab; le décret du 27 janvier 1883 portant que les officiers de l'armée pourront être provisoirement investis des attributions conférées aux juges de paix. Mentionnons enfin les instructions du gouvernement général de l'Algérie pour l'organisation du cercle de Ghardaïa en date du 1^{er} novembre 1882 et enfin, en ce qui concerne le service judiciaire une lettre du Garde des Sceaux au Ministre de l'intérieur en date du 7 novembre 1882.

La question est maintenant de savoir quelle situation se trouve ainsi faite aux mozabites, au point de vue judiciaire, pour la période postérieure à l'annexion.

Au M'Zab, point de difficultés : les sept mahakmas ibadites ont été maintenues avec leurs attributions antérieures ; le midjlès de Ghardaïa est lui-même maintenu, mais il résulte des instructions précitées du 1^{er} novembre 1882 qu'on entend organiser le droit d'appel suivant le régime consacré dans toute la région saharienne par le décret du 8 janvier 1870 et qu'ainsi le midjlès de Ghardaïa n'est plus qu'un comité consultatif, la juridiction d'appel proprement dite demeurant réservée à la Cour d'Alger.

Hors du M'Zab la situation ne paraît plus aussi nette ; deux opinions contraires se sont successivement fait jour. Un arrêt de la Chambre des appels musulmans en date du 9 janvier 1884 décide que les mozabites hors du M'Zab sont justiciables des tribunaux musulmans ordinaires, que sans doute leur juridiction du premier degré au M'Zab est la mahakma ibadite, mais que hors de leur pays natal ils doivent s'adresser aux cadis des rites dissidents (1).

(1) Alger, 9 janvier 1884 ; Robe, 1885, p. 83.

Un arrêt postérieur de la même Chambre en date du 7 mai 1884 (1) décide au contraire que les mozabites hors du M'Zab doivent être traités comme les Européens étrangers, et qu'à ce titre, ils relèvent des tribunaux français. L'arrêt se fonde sur les motifs suivants : les mozabites appartiennent à une secte religieuse complètement distincte, la secte ibadite ; ils ont toujours décliné la juridiction des cadis malekites et hanefites ; les actes législatifs qui sont venus après l'annexion régler l'organisation judiciaire au M'Zab, ont soustrait les mozabites à la juridiction des cadis.

Les constatations de l'arrêt sur ces trois points ne sont pas discutables. Faut-il nécessairement en conclure que hors du M'Zab les mozabites ressortissent aux tribunaux français à l'exclusion des tribunaux musulmans de droit commun ? Certains ne l'ont pas pensé et malgré la grande autorité qui s'attache à l'arrêt du 7 mai on ne peut méconnaître la valeur des arguments que ses adversaires présentent. Il est, dit-on, excessif d'assimiler, avec l'arrêt du 7 mai, les mozabites hors du M'Zab à des étrangers. Ce point de vue ne méconnaît-il pas le fait même de l'annexion de 1882 et de l'incorporation du M'Zab dans le territoire de l'Algérie ? Les mozabites ne sont-ils pas devenus sujets français au même titre que les autres musulmans ? En second lieu la volonté du gouvernement français, telle qu'elle se révèle dans les instructions du gouvernement général du 1^{er} novembre 1882 et surtout dans la lettre du Garde des Sceaux du 7 novembre, ne semble-t-elle pas avoir été de soumettre à un régime commun les mozabites et les autres musulmans

(1) Robe, 1884, p. 294.

algériens ? Sans doute on a maintenu au M'Zab les juridictions ibadites spéciales parce qu'on y trouvait avantage, mais, ne s'est-on pas arrêté là dans la réserve faite aux mozabites de leurs institutions spéciales ? Pour l'appel des sentences rendues dans le M'Zab, nous avons reconnu déjà un retour au droit commun ; la lettre précitée du 7 novembre dit à son tour : « Il suffira d'étendre à cette région les dispositions du décret du 8 janvier 1870 sur l'organisation judiciaire de la région saharienne..... il suffit au moment de l'occupation de déclarer applicable le décret du 8 janvier ».

Ces idées sont au fond de l'arrêt précité du 9 janvier 1884 ; elles nous paraissent décisives, nous nous rallions donc à la doctrine de ce dernier arrêt, c'est-à-dire à l'assimilation au point de vue de la compétence, des mozabites hors du M'Zab aux autres musulmans algériens.

Ajoutons que cette assimilation paraît définitivement prévaloir et que l'on a pu dire que l'arrêt du 7 mai n'avait été qu'une exception dans la jurisprudence de la chambre musulmane pour la période où nous nous trouvons.

On a soulevé des difficultés d'une autre sorte au sujet de la compétence des tribunaux musulmans au regard des musulmans ; ces difficultés ont trait au corollaire forcé de la règle qui est l'incompétence de ces tribunaux dès qu'un non musulman apparaît. Dans la matière des successions et dans certaines matières de statut matrimonial on a cru que cette incompétence ne devait pas exister.

Prenons d'abord les successions : la question se rattache aux articles 40 et 41 du décret de 1859 qui sont ainsi conçus :

ART. 40. — « Les cadis procèdent : 1° à la liquidation et au partage de toutes les successions musulmanes selon le rite du défunt et les usages établis ; 2° sous la surveillance de l'administration des domaines, à la liquidation et au partage des successions musulmanes auxquelles sont intéressés le Beït-el-Mal ou des absents... »

ART. 41. — « En cas de contestation, il est statué par les cadis et les tribunaux d'appel conformément aux règles de compétence et de procédure fixées par le présent décret ». Une première jurisprudence décide que, en matière de liquidation et de partage des successions musulmanes la compétence reste au cadi nonobstant la présence au débat d'un non musulman. Un arrêt de la Cour d'Alger du 5 avril 1876 (1), le décide ainsi pour l'action en partage d'une succession musulmane introduite contre des cohéritiers musulmans par une femme musulmane devenue italienne par suite de son mariage avec un Italien : une telle action, porte l'arrêt, est de la compétence du cadi aux termes de l'article 40 du décret de 1859.

Une seconde jurisprudence, extensive comme la première de la compétence des cadis en matière de succession, décide que ce magistrat est compétent même pour celles des contestations successorales où intervient le Beït-el-Mal comme représentant du domaine français. L'arrêt du 20 mars 1861 (2) qui le décide ainsi fait résulter cette compétence exceptionnelle des articles 40 et 41 précités du décret de 1859 ; l'arrêt ajoute qu'il convient de renfermer strictement l'exception dans ses limites et que le cadi sera incompétent si la contestation intéressant le

(1) Robe, 1876, p. 66.

(2) Robe, 1861, p. 72.

Beït-el-Mal ne rentre pas dans le cas prévu, si par exemple elle se rattache à un habbous. Deux arrêts des 26 mars et 11 novembre 1878 (1) proclament à leur tour que la juridiction musulmane est compétente pour juger les contestations qui sont élevées par le Beït-el-Mal relativement au partage d'une succession musulmane.

Après avoir ainsi fixé la portée de nos deux exceptions, examinons quelle était leur valeur et si elles ont été maintenues.

A l'appui de la première on invoque l'article 40, décret de 1866 ; ce texte proclame, dit-on, sans restriction la compétence du cadi en matière de succession musulmane ; il fait ainsi exception au principe selon lequel les cadis ne peuvent prêter leur ministère ni comme juges, ni comme notaires, lorsqu'une des parties n'est pas musulmane ; on justifie ensuite par des considérations diverses l'exception qu'on a ainsi cru trouver. Nous pensons au contraire que le texte invoqué ne renferme pas l'exception et qu'on cherche inutilement à la justifier. Il faudrait, nous l'avons dit, un texte formel pour étendre la compétence des cadis et des non musulmans, il nous paraît impossible de l'y voir dans l'article en question. Cet article parle de la liquidation et du partage des successions musulmanes ; sur quoi l'on peut remarquer d'une part, qu'il doit se référer au cas le plus fréquent qui est celui où les successions musulmanes se partagent exclusivement entre musulmans, d'autre part que « liquidation et partage » ne sont point synonymes de contestations successorales et qu'à supposer que l'article eût étendu la compétence des cadis pour ces opérations il

(1) Robe, 1878, p. 259.

faudrait se garder d'aggraver l'exception en l'étendant au jugement des contestations. Or, l'article suivant, qui prévoit le cas de contestation entre parties, se contente de renvoyer aux règles générales de compétence et de procédure posées par le décret et rien n'indique qu'il entende innover, qu'il entende apporter à la compétence des cadis cette modification considérable qui les rendrait juges d'un non musulman. Sans pousser plus avant la réfutation de la doctrine de l'arrêt du 5 avril 1876, constatons que l'opinion contraire était soutenue à l'époque même de l'arrêt par M. Robe (1) et que la jurisprudence postérieure s'y est rangée.

Nous avons cité déjà les deux arrêts du 1^{er} mai 1879, et du 16 juin de la même année (2), tous deux très formels dans notre sens. La jurisprudence de la Cour persiste dans cette voie, c'est ainsi qu'elle décide par arrêt du 14 mars 1883 (3) que si parmi les héritiers d'un musulman il existe une veuve européenne, l'action en partage de la succession doit être portée devant les tribunaux français et non devant le cadi ; de même si à une succession musulmane il a été nommé à la requête d'un créancier européen un administrateur français, les actions mobilières relatives aux biens compris dans cette administration et qui mettent en cause l'administrateur et les héritiers sont de la compétence des tribunaux français (4). De même enfin si le créancier français d'un indigène musulman demande en vertu de l'article 1166 du Code civil, le partage d'une succession musulmane con-

(1) Voir note sous l'arrêt du 5 avril 1876, *loc. cit.*

(2) *Suprà*, p. 87, note 4 et page 88, note 1.

(3) Robe, 1883, p. 216.

(4) Alger, 16 novembre 1884 ; Robe, 1885, p. 148.

tre les cohéritiers musulmans de son débiteur, c'est devant les tribunaux français qu'il doit porter son action (1). Même espèce que dans l'arrêt précité du 1^{er} mai 1879 et on le voit, même solution. Le principe est donc définitivement admis et la doctrine de l'arrêt de 1876 a succombé.

Notre seconde exception se réfère, on s'en souvient, au Beït-el-Mal et elle consiste à attribuer compétence au cadi même pour les contestations successorales où figure le Beït-el-Mal. Ce n'est à vrai dire que la conséquence de la première exception.

Il y a toutefois utilité à la distinguer car elle a trait à une institution algérienne spéciale et elle revendique en sa faveur un texte distinct.

Qu'est-ce tout d'abord que le Beït-el-Mal ? Nous ne pouvons mieux faire qu'emprunter à M. Robe les lignes suivantes dont le savant arrêtiste fait suivre un arrêt de la Cour du 12 mai 1880, rapporté dans son journal, année 1880, p. 161 : « Vestige effacé du Beït-el-Mal (chambre des biens de la communauté musulmane) qui sous les Turcs constituait l'administration du trésor public, des finances de l'Etat, ce qu'en un mot on appelait Beylick, le Beït-el-Mal depuis notre occupation n'est plus en fait et en droit *qu'une branche de l'administration des domaines* ayant pour chef un indigène que l'on appelle oukil Beït-el-Madji ; cette partie de l'administration domaniale est chargée de tout ce qui concerne les successions musulmanes dans lesquelles l'Etat participe comme aceb d'après la législation musulmane, ou qu'il recueille à titre de vacance ou de déshérence ; c'est tout ce qui a été conservé de cette vaste et ancienne

(1) Alger, 5 avril 1882 ; Robe, 1886, p. 140.

institution turque ». M. Robe montre ensuite que la législation musulmane ne fait point de distinctions entre les successions vacantes proprement dites et les successions en déshérence, qu'ainsi il ne saurait y avoir de curateur spécial aux successions vacantes indigènes et que par suite le Beït-el-Mal depuis la conquête n'est et n'a pu être qu'une sorte de bureau indigène de l'administration des domaines.

Il importe d'être bien fixé sur tous ces points avant d'aborder la controverse qui nous occupe, car cette controverse dérive à n'en pas douter d'une confusion sur la nature propre du Beït-el-Mal. On y a vu, et un jugement a admis cette doctrine, une institution indépendante du domaine de l'Etat soustraite à l'action du Préfet et représentant une sorte de curateur aux successions vacantes musulmanes, analogue au curateur aux successions vacantes européennes établi par l'ordonnance du 26 décembre 1842. C'était attribuer une personnalité propre et distincte au Beït-el-Mal ; il s'agissait évidemment là d'une personnalité musulmane ; il était donc naturel d'attribuer compétence aux cadis au regard du Beït-el-Mal. On interprétait à la lueur de cette idée l'article 40 - 2° du décret de 1859 et on y croyait trouver écrite la solution qui précède. Ces motifs semblent bien ceux qui ont inspiré les arrêts précités des 20 mars 1861, 26 mars et 11 novembre 1878 (1) ; mais on partait d'un principe inexact et on l'appuyait sur un texte susceptible d'une interprétation très différente.

Comme sur la controverse précédente on peut en effet remarquer que l'article 40-2° parle uniquement de la liquidation et du partage des successions musulmanes

(1) Voyez *suprà*, p. 94, note 2 et p. 95, note 1.

auxquelles le Beït-el-Mal est intéressé, qu'il laisse en dehors de son application les contestations successorales proprement dites, que ces contestations font l'objet de l'article 41 et que cet article 41 bien loin de consacrer une exception de compétence relative au Beït-el-Mal renvoie purement et simplement au droit commun du décret.

L'exception visée ne se justifiait donc ni par les textes ni par le principe même de l'institution du Beït-el-Mal, elle a été abandonnée. Une autre conséquence à tirer des principes qui précèdent était celle-ci : le Beït-el-Mal n'étant qu'une « branche de l'administration des domaines » et non une institution propre, c'est le Préfet représentant le domaine de l'Etat et non l'oukil Beït-el-Madji qui doit figurer dans les instances intéressant cette branche spéciale de l'administration domaniale ; l'oukil Beït-el-Madji se trouve sans qualité. Toutes ces solutions sont bien celles qu'adopte la jurisprudence postérieure.

Il n'y a pas chose jugée contre l'Etat, nous dit l'arrêt du 9 juillet 1878 (1), dans une sentence rendue par un cadi et où l'Etat n'a été représenté que par l'oukil Beït-el-Mal ; il appartient au Préfet non à l'oukil Beït-el-Mal de soutenir au nom de l'Etat les actions domaniales ; le cadi est sans pouvoir pour connaître de telles actions.

A son tour l'arrêt du 12 mai 1880 déclare (2) : le Beït-el-Mal ne constitue pas une administration indépendante ; il n'agit jamais que pour le compte de l'administration des domaines ; c'est le Préfet représentant le domaine qui doit être mis en cause sur une action en

(1) Alger, 9 juillet 1878 ; Robe, 1878, p. 284.

(2) Alger, 12 mai 1880 ; Robe, 1880, p. 161.

restitution d'une succession appréhendée par le Beit-el-Mal, et le cadi ne peut statuer sur cette action. C'est encore la même théorie que consacre un arrêt postérieur du 30 mai 1881.

Venons aux matières de statut matrimonial. Ici encore on a cru trouver une exception analogue à celles que nous venons d'examiner; on a pensé que le cadi devait rester compétent alors même qu'un non musulman était partie en cause.

C'est à propos du divorce que la jurisprudence a eu à se prononcer. Deux musulmans se sont mariés selon la loi musulmane; le mari, on le suppose, s'est fait naturaliser français, puis la femme demande le divorce. Devant quelle juridiction doit être portée la demande? Est-ce devant la juridiction française en raison de la naturalisation du mari? Est-ce devant la juridiction musulmane malgré cette naturalisation? La question, on le verra, se complique des effets produits par la naturalisation du mari au regard de la femme et des enfants.

Un arrêt du 20 juin 1883 (1), décide : 1° que la naturalisation du mari n'a pas entraîné celle de la femme; 2° que cette dernière doit porter sa demande en divorce devant le cadi, attendu, dit l'arrêt, que la naturalisation du mari n'a pas d'effet rétroactif, que par suite la femme peut invoquer le bénéfice de la loi sous laquelle son mariage a été contracté et quant au mode de dissolution et quant à la juridiction qui doit statuer. C'est là un premier système; il consacre l'exception extensive de la compétence du cadi que nous avons annoncée.

Un arrêt antérieur du 12 mai 1879 (2), partant de ce

(1) Alger, 28 juin 1883; Robe, 1883, p. 212.

(2) Alger, 12 mai 1879; Robe, 1880, p. 174.

principe posé par l'article 1^{er} du sénatus-consulte du 14 juillet 1865, que le musulman algérien naturalisé français est soumis à la loi française, avait décidé qu'un tel musulman devient justiciable des tribunaux français pour les contestations qui s'élèvent entre lui et d'autres musulmans, que spécialement, s'il saisit le cadi d'une demande en divorce, celui-ci doit refuser d'en connaître. C'est un second système ; il repousse l'exception, il s'en tient à la règle générale sur la compétence des cadis.

Le premier système a contre lui l'article 1^{er} du décret du 31 décembre 1866 et tous les textes antérieurs qui n'attribuent compétence au cadi qu'entre musulmans ; il a encore contre lui l'article 1^{er} du sénatus-consulte du 16 août 1865 qui est revendiqué par l'opinion contraire ; mais il offre un avantage sérieux qui est celui de l'unité du statut matrimonial dans la famille ; car s'il décide que le mari, quoique naturalisé français, reste, sur l'action en divorce de la femme, justiciable des tribunaux musulmans, c'est, remarquons-le, qu'il admet que la naturalisation du mari est sans effet sur son statut matrimonial, que ce statut reste au regard du mari ce qu'il était avant la naturalisation ; le mari au regard de ce statut est resté musulman, c'est de là qu'on infère qu'il reste à ce point de vue justiciable du cadi.

Le second système est conforme aux règles générales de compétence, mais il brise l'unité de statut matrimonial ; il n'admet point cette restriction aux effets de la naturalisation quant au statut matrimonial, il décide que la naturalisation réagit sur le statut, que ce statut au regard du mari sera désormais régi par la loi française ; la décision sur la compétence n'est qu'une consé-

quence de ces prémisses. Voilà donc le régime matrimonial des époux soumis à deux lois différentes : le mariage dissoluble quant à la femme puisque le Coran admet le divorce, est devenu indissoluble quant au mari puisque à l'époque où nous nous plaçons le Code civil n'admet pas le divorce ; ainsi la femme divorcée suivant sa loi pourra contracter un nouveau mariage tandis que le mari naturalisé ne le pourra pas. C'est une conséquence forcée de cette dualité de législation dans la famille, et c'est là l'inconvénient considérable du système de l'arrêt du 12 mai 1879. Cette dualité de législation au regard du statut matrimonial, au regard de la dissolubilité de mariage peut-elle exister ? M. Labbé ne l'admet pas. « Il est contraire à la raison, écrit-il dans une note dont il fait suivre un arrêt de cassation du 10 juillet 1875(1), d'admettre que l'union continue à exister pour l'un et cesse d'exister pour l'autre ; la dissolubilité du mariage est une question qui doit être résolue par une loi unique à l'égard des deux époux ».

Ainsi le premier système méconnaît les règles de la compétence et le second les principes sur l'unité du statut matrimonial. C'est par cette double considération que M. Rack, alors avocat général près la Cour d'Alger, arrive à conclure dans une savante dissertation insérée au journal de Robe (2), qu'il y a lieu de rejeter l'un et l'autre système et d'en suivre un troisième. Ce troisième système admet avec l'arrêt du 12 mai 1879 que le musulman naturalisé français est devenu français sans restriction, même au regard de son statut matrimonial et qu'ainsi il entraîne la compétence forcée des tribu-

(1) Sirey, 1876, 1, 289.

(2) Robe, 1885, p. 273.

naux français pour l'action en divorce entre lui et sa femme musulmane, mais il décide contrairement à l'arrêt en question que la femme et les enfants voient leur statut francisé par le fait même de la naturalisation du père, il n'y a donc plus dualité de législation dans la famille. M. Rack justifie par des considérations d'une grande valeur cette extension des effets de la naturalisation du mari musulman ; son système tout en respectant les règles de la compétence, évite de briser l'unité du statut matrimonial, il nous paraît devoir être suivi.

Quoiqu'il en soit de ces détails, concluons qu'ici encore l'exception qu'on avait cru trouver au principe général de la compétence du cadi ne se justifie pas. Il en est de cette prétendue exception comme de toutes les autres que nous avons examinées : la compétence du cadi s'étend à tous les musulmans d'Algérie, c'est en vain qu'on a cru trouver une catégorie de musulmans dissidents qui seraient soustraits à cette compétence ; mais elle ne s'étend point au delà et c'est encore en vain qu'on a cru trouver soit dans les matières successorales, soit dans les matières de statut matrimonial des cas où le cadi pourrait connaître d'une cause où un non musulman est intéressé.

La revue de jurisprudence qui précède, nous montre que la Cour d'Alger se range en dernier lieu à cette opinion et qu'à la veille du décret de 1886 elle admet sans restrictions la règle suivant laquelle la compétence du cadi s'étend à tous les musulmans algériens, mais à eux seuls. Nous voilà fixés sur l'étendue de la compétence des juridictions musulmanes *ratione personæ*, il nous reste à en préciser la nature. Est-ce une compétence nécessaire ? Est-ce une compétence d'ordre public ? Ceci

nous conduit à l'étude de notre seconde règle que nous avons formulée ainsi :

B. — Deuxième règle.

« Les musulmans justiciables des cadis peuvent leur préférer sous certaines conditions la juridiction française, et porter directement leurs différends devant les tribunaux français ».

Rappelons d'abord ces conditions : il faut d'après le décret de 1854 article 28, le commun accord des parties ; cet accord résulte de la comparution volontaire devant le tribunal français et de l'acte que le juge saisi doit donner du consentement des parties à procéder devant lui. Le donné acte n'est point d'après la jurisprudence une formalité substantielle ; il faut en second lieu que l'option soit faite avant que la juridiction musulmane n'ait été saisie, après cette saisine il serait trop tard ; spécialement (art. 29) une vente, cession ou subrogation des droits litigieux, faits pendant l'instance à un justiciable des tribunaux français n'aura point pour effet d'enlever la connaissance du litige au tribunal musulman légalement saisi. Nous avons indiqué le caractère restrictif de cette dernière condition ; nous avons dit qu'elle paraît inspirée par ce désir du législateur de 1854 de maintenir une séparation absolue entre les deux justices indigène et française.

Le décret de 1859 se contente (art. 2) du commun accord des parties sans spécifier les formes extérieures par lesquelles cet accord se manifestera ; il décide que la volonté exprimée dans un acte de contracter sous l'empire

(1) Alger, 2 mars 1859, Robe, 1859, p. 157.

de la loi française (art. 1) équivaut à cet accord et produit quant à la compétence le même effet. La condition restrictive du décret de 1854 a disparu. Est-ce à dire qu'elle ne trouvera plus son application ? La jurisprudence ne le pense pas ainsi et elle décide (1) que, même sous l'empire du décret de 1859, la vente de l'immeuble litigieux faite à un Européen postérieurement à l'introduction de l'instance devant le *cadi*, ne modifie pas la compétence du *cadi* qui doit statuer malgré cette vente. Quoiqu'il en soit, avons-nous dit, le décret de 1859, par son silence même, paraît donner aux tribunaux toute latitude à cet égard.

Le décret de 1866 (art. 1 et 2) reproduit la disposition du décret de 1859 : commun accord des parties ou déclaration dans un acte qu'elles entendent contracter sous l'empire de la loi française, la modification qu'il introduit a trait à la catégorie de tribunaux français désignés pour connaître du litige (juges de paix substitués aux tribunaux de première instance), elle n'a point sa place ici.

Telles sont les conditions imposées par les textes à l'option pour la juridiction française. Revenons maintenant à notre question. Quelle est la nature propre de la compétence de la juridiction musulmane au regard des musulmans ou, en d'autres termes, de quelle nature est l'incompétence de la juridiction française ? De droit commun, il devrait y avoir là une incompétence d'ordre public puisqu'elle touche à l'ordre même des juridictions. Quand la loi institue une certaine catégorie de tribunaux avec mission de juger une certaine catégo-

(1) Alger, 2 juin 1863 ; Robe, 1863, p. 138.

rie de personnes, il ne saurait dépendre de ces dernières de s'adresser à d'autres juridictions ; l'ordre des juridictions est au-dessus et en dehors de la convention des parties. Il n'est point douteux que des commerçants, pour tout ce qui est relatif à leur commerce, doivent nécessairement s'adresser aux tribunaux de commerce.

On discute cependant sur la nature de l'incompétence des tribunaux civils en cette matière. Il est de même certain qu'un militaire poursuivi à raison d'une infraction militaire revendiquerait vainement les juridictions de droit commun à l'exclusion des conseils de guerre. Cela devrait être surtout sensible dans la matière qui nous occupe puisque les tribunaux musulmans ne connaissent pas seulement comme les tribunaux de commerce et les tribunaux militaires d'une certaine catégorie des actes de leurs justiciables, mais ont une compétence générale pour toutes les contestations.

Il n'en est pourtant point ainsi ; des raisons d'ordre supérieur l'ont emporté ici sur les principes. Les tribunaux musulmans ne sont pas à vrai dire des tribunaux institués par la loi pour une certaine catégorie de justiciables, leur compétence serait essentiellement alors d'ordre public. Ce sont des juridictions que le législateur français a trouvées sur le territoire conquis, qu'il a, dans un esprit de haute tolérance pour les Arabes, laissé subsister, mais avec le désir hautement manifesté dès 1859 de voir les indigènes recourir le plus souvent possible aux tribunaux français. On conçoit dès lors que la compétence reconnue aux juridictions musulmanes, bien qu'elle intéresse l'ordre des juridictions, ne soit pas d'ordre public, ce n'est point en effet par une mesure d'ordre public que cette compétence a

été instituée, elle est le résultat d'une simple tolérance.

Ce point de vue nous paraît rendre compte du double caractère qu'il faut avec les textes et les arrêts reconnaître à la compétence *ratione personæ* des juridictions musulmanes : 1^o c'est une compétence facultative et de faveur ; 2^o ce n'est point par suite, une compétence d'ordre public.

§ 2. — Compétence de la justice musulmane au point de vue de la matière du procès.

La question est maintenant de savoir au regard de quelles matières la juridiction musulmane est compétente.

Demandons-nous quelles matières échappent à sa compétence, nous répondrons par là même à notre question.

La solution ne saurait faire doute : ce sont les matières qui se trouvent régies par la loi française ; il y a là une règle qui s'impose : les tribunaux musulmans n'ont été maintenus que pour connaître des personnes et des choses musulmanes, ils ne sauraient en aucune manière empiéter sur le domaine de la loi française, ni connaître de tout ce qui se trouve soumis à cette loi. Nous avons eu déjà l'occasion de rappeler ce principe. Les choses musulmanes sont celles que domine la loi de l'Iman ; dès que cette loi est écartée et se trouve remplacée par notre propre loi, on est en présence d'une matière française qui échappe à ce titre à la juridiction musulmane.

Le problème se pose donc dans les termes suivants :

quels sont les cas où le procès s'agitant entre musulmans (c'est la première condition requise pour la compétence et il faut la supposer remplie pour que notre question se pose), quels sont les cas, disons-nous, où la juridiction musulmane sera incompétente à raison de ce que la matière qui fait l'objet du procès est régie par la loi française.

Prenons d'abord les textes, ils nous mettront sur la voie de la réponse.

Le décret du 1^{er} octobre 1854, article 2 porte : « les tribunaux musulmans connaissent des matières civiles et commerciales entre indigènes musulmans, ainsi que des infractions qui d'après la loi française ne constituent ni crime, ni délit, ni contravention et sont spécialement punis par la loi musulmane etc.... », l'article 24 répète, « les cadis connaissent de toutes les matières comprises en l'article 2 du présent décret ».

Voici maintenant le décret du 31 décembre 1859 :
ART. 1. — « La loi musulmane régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles et commerciales entre indigènes musulmans ainsi que les questions d'état. Toutefois la déclaration faite dans un acte par les musulmans qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française entraîne l'application de cette loi et la compétence des tribunaux français ».

ART. 2. — « Les parties peuvent également d'un commun accord porter leur contestation devant le tribunal français de leur circonscription qui statue alors selon les règles et les formes déterminées par le présent décret ».

ART. 17. — « Sauf les exceptions résultant des articles 1 et 2, les cadis connaissent en premier ressort de

toutes les affaires civiles et commerciales entre musulmans ainsi que des question d'état ».

Le décret du 13 décembre 1866 reproduit les articles 1 et 2 du décret de 1859 en y introduisant quelques modifications sans intérêt pour la question actuelle.

Ainsi nos trois décrets attribuent compétence aux juridictions musulmanes pour les matières civiles, le décret de 1859 met en lumière le principe selon lequel les seules matières civiles ressortissant à ces juridictions sont celles régies par la loi musulmane ; le décret de 1854 attribue en outre compétence aux cadis pour certaines matières criminelles. Voilà ce qui se dégage de nos textes.

Distinguons avec eux les matières civiles et les matières criminelles ; prenons tout de suite ces dernières sur lesquelles nous n'avons que quelques mots à dire.

A. — Matières criminelles.

Nous avons vu dans la première période comment dès 1841 (1), on avait retiré au cadi la connaissance de tous les crimes, délits, contraventions punis par les lois françaises, on lui laissait seulement celle des infractions spéciales punies seulement par la loi musulmane (Ord. 1841, art. 45). L'ordonnance de 1842 avait reproduit cette disposition ; nous la retrouvons sans modification dans le décret de 1854, mais les mêmes raisons qui avaient fait retirer les matières criminelles de la première sorte aux juridictions musulmanes devaient conduire à leur retirer aussi celles de la seconde. Il était exorbitant que l'on chargeât des juges étrangers

(1) Ord. 28 février 1841, art. 28.

sur un sol français d'assurer la répression ; de telles dispositions devaient fatalement disparaître de nos lois. C'est ce qui se produit : il n'est plus question dans le décret de 1859, ni dans celui de 1866, de matières criminelles spéciales réservées aux cadis ; ils sont définitivement dépouillés, — du moins en territoire civil — de tout pouvoir de répression. Il sera satisfait autrement à la poursuite des infractions spéciales ; on votera des lois spéciales, on instituera des juridictions particulières, mais du moins ces infractions seront comme toutes les autres, prévues par le Code pénal, déferées à la justice française à l'exclusion de toute juridiction étrangère.

A partir de 1859, il n'est plus fait d'exception à la règle suivant laquelle la juridiction musulmane est radicalement incompétente en matière criminelle. Observons que le principe posé au début de notre paragraphe reçoit ici son application : les infractions spéciales ne sont demeurées de la compétence de la juridiction musulmane qu'autant qu'elles étaient seulement prévues par la loi musulmane ; elles ont été soustraites à cette même compétence dès l'instant qu'une loi française les a punies.

Cette exclusion des matières criminelles n'enlève point à la justice musulmane la connaissance des actions civiles prenant leur source dans l'infraction. C'est là ce que décide un arrêt du 16 novembre 1879 (1), la doctrine de l'arrêt nous semble irréfutable pour le cas qu'il prévoit, mais nous croyons qu'il y a lieu en théorie de faire une distinction : sans doute si la juridiction musulmane est saisie de l'action civile née d'une infraction

(1) Alger, 16 novembre 1879 ; Robe, 1880, p. 61.

non encore punie par les tribunaux français, elle sera compétente pour en connaître ; il s'agit uniquement ici d'apprécier le dommage causé par un fait matériel ; on envisage le fait non pas en tant qu'infraction mais uniquement par son côté préjudiciable ; ce n'est point une peine qu'il s'agit d'appliquer, mais la réparation pécuniaire d'un dommage. La matière est donc civile au premier chef, rien dans les textes des décrets, ni dans les principes ne fait échec ici à la compétence du cadi.

Que si au contraire la juridiction française a déjà statué sur l'infraction, si un jugement de répression émanant de nos tribunaux est intervenu, nous pensons alors que la juridiction musulmane est incompétente pour statuer sur l'action civile intentée postérieurement devant elle. Ce n'est point que l'action civile ait changé de nature ; on se trouve toujours bien en présence d'une matière essentiellement civile, mais qu'on le remarque, la question cette fois ne se présente plus entière ; il y a un précédent, le jugement répressif dont le juge de l'action civile devra tenir compte suivant le principe de l'influence de la chose jugée au criminel sur le civil ; or ce jugement répressif, est un titre français ; l'action civile se trouve cette fois dominée par ce titre, il faudra l'apprécier, pour juger le litige et c'est à ce point de vue que le cadi nous apparaît incompétent. Son incompétence dérive non pas de ce que la matière est criminelle, mais de la règle suivant laquelle la juridiction musulmane ne peut connaître d'une action que domine soit la loi française soit un titre procédant de cette loi. Nous pensons donc que la jurisprudence va trop loin quand elle décide dans son arrêt du 7 février 1884 (1), que l'action

(1) Robe, 1886, p. 276.

civile intentée par un musulman contre un musulman doit être portée devant le cadi, encore qu'un jugement correctionnel ait déjà statué sur l'infraction.

B. — Matières civiles.

Un procès civil s'agite entre deux musulmans, on demande s'il est de la compétence des juridictions musulmanes. Ici comme toujours il s'agit de savoir si la matière du procès est ou n'est pas régie par la loi française.

1° Des cas où la matière du procès est soumise à la loi française par la volonté des parties.

Un cas très simple se présente tout d'abord ; c'est celui où les parties ont déclaré qu'elles entendaient placer leur convention sous l'empire de la loi française. Nul doute alors que la matière soit régie par cette loi et les textes eux-mêmes décident (1) que la compétence appartient aux tribunaux français :

« Toutefois la déclaration faite dans un acte par les musulmans qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française entraîne l'application de cette loi *et la compétence des tribunaux français* », on remarquera la corrélation établie par l'article entre la loi applicable et la compétence : dès l'instant que c'est la loi française, ce sont aussi les tribunaux français, on remarquera en outre que cette règle n'entraîne pas la réciproque : la loi musulmane n'entraîne pas fatalement la compétence des juridictions musulmanes, elle est susceptible d'être appliquée par les juridictions françaises qui sont les juridictions de droit commun et n'ont pas leur champ d'action limité aux seules matières françaises. Que les

(1) Art. 1, al. 2, D. 31 décembre 1859 et 13 décembre 1866.

parties portent d'un commun accord leur différend devant les tribunaux français sans pour cela déclarer qu'elles veulent être jugées d'après la loi française, c'est le droit musulman qui devra être appliqué. C'est ce qui ressort clairement du rapprochement des articles 1 et 2, décret de 1859 et décret de 1866 ; c'est au surplus ce que proclame un arrêt de la Cour du 4 décembre 1865 (1). Les renonciations sont de droit étroit ; de ce que les parties renoncent à leur juridiction il ne s'en suit pas qu'elles renoncent à leur loi. Ce point ne saurait souffrir aucune difficulté.

Le texte précité parle de la déclaration faite dans un acte de placer la convention sous l'empire des lois françaises. Mais il est clair qu'il faut étendre la règle à toutes les hypothèses où la convention en dehors même de toute déclaration par acte se trouve régie par ces lois ; il suffit que la volonté des parties soit certaine, peu importe la forme dans laquelle elle se manifeste. D'où résultera maintenant cette volonté ? On ne peut sur ce point que citer des espèces ; nous les emprunterons à la jurisprudence.

Un premier arrêt du 6 janvier 1865 (2) fait une application très simple du texte précité en disposant que les tribunaux indigènes sont incompetents pour un litige entre indigènes si le demandeur puise son droit dans un acte commun à des Européens alors surtout qu'il s'agit *d'une convention passée sous l'empire des lois françaises et soumise à leurs dispositions*.

Une application non moins certaine des principes qui précèdent résulte de l'arrêt du 5 février 1868 (3).

(1) Alger, 4 décembre 1865 ; Robe, 1865, p. 180.

(2) Alger, 6 janvier 1865 ; Robe, 1865, p. 432.

(3) Alger, 5 février 1868 ; Robe, 1869, p. 48.

L'arrêt décide que le *cadi* ne cesse pas d'être compétent parce qu'on lui produit des titres indigènes en langue française : de ce que le titre s'exprime en français, il ne s'en suit nullement que la convention, le *negotium juridicum* soit placé sous la loi française ; de ce que les parties ont renoncé à leur langue, on ne saurait conclure qu'elles renoncent à leur loi, c'est la même règle que nous avons indiquée plus haut.

La forme extérieure du titre ne saurait non plus que la langue dont on s'y est servi faire présumer la renonciation à la loi musulmane, ni par suite produire l'incompétence des tribunaux musulmans. C'est ce que décide l'arrêt du 28 janvier 1882 (1) pour le cas d'un billet à ordre souscrit par un musulman à un autre musulman : il y a là sans doute une forme empruntée à la loi commerciale française, mais la forme de l'acte est sans influence sur le fond du droit. Une autre application de l'idée se produit quand une société civile emprunte l'une des formes propres aux sociétés de commerce : l'adoption d'une forme commerciale ne rend pas plus commerciale la société qui l'adopte qu'elle ne rend française la convention musulmane qui en est revêtue.

Nous trouvons une dernière application de la règle dans l'espèce suivante : un indigène musulman exerce un commerce ; il cesse ses paiements. Il sera mis en faillite conformément à la loi française, parce que la loi des faillites est une loi d'ordre public qui doit être appliquée à tous ceux qui font du commerce sur le territoire français sans distinction de nationalité. Voilà donc une loi française qui régit de plein droit la situa-

(1) Robe, 1882, p. 153.

tion du commerçant musulman en état de cessation de paiement, il y a lieu de décider et la jurisprudence décide (1) qu'il cesse par là même d'être justiciable de la juridiction musulmane. C'est un nouvel exemple de cette corrélation entre l'applicabilité des lois françaises et la compétence des tribunaux français.

Remarquons seulement qu'il ne s'agit point ici d'une soumission conventionnelle et volontaire à la loi française, mais d'une soumission légale et de plein droit. Ce cas n'est pas le seul, nous allons trouver d'autres hypothèses où la matière du procès se trouve régie par la loi française sans un accord préalable des parties.

Nous distinguerons suivant qu'il s'agit d'une matière de statut personnel ou de statut réel.

2° Des cas où la matière du procès est soumise à la loi française par la volonté du législateur.

1° Il s'agit d'une matière de statut personnel.

On sait que le statut personnel embrasse tout ce qui est relatif à l'état et à la capacité des personnes. Telles sont les lois relatives à la nationalité, au mariage, à la majorité et à la capacité qui en résulte, à la minorité, à la puissance paternelle ou maritale, à l'interdiction, etc.

Ici la matière se trouve régie de plein droit par la loi musulmane ; on sait en effet que les musulmans quoique devenus sujets français par la conquête ont conservé leur statut personnel tel qu'il se trouve régi par leur propre loi. Tous les actes législatifs qui se sont succédé depuis 1830 sont formels à cet égard. Les textes des décrets de 1859 et de 1866 (art. 1^{er}, § 1, *in fine*) rappel-

(1) Alger, 5 juillet 1880 ; Robe, 1881, p. 65.

lent spécialement que « la loi musulmane régit les questions d'état ».

Il semble même que les indigènes ne pourront point user de la faculté de placer leurs conventions sous l'empire des lois françaises et que cette faculté dont nous venons d'étudier les effets au point de vue de la compétence doit être restreinte aux matières de statut réel. Le statut personnel n'est-il point immuable, n'est-il pas du moins au-dessus et en dehors des conventions des parties ? Il s'attache à la personne, il la suit, a-t-on pu dire, comme l'ombre suit le corps parce qu'il est l'expression de sa nationalité. C'est ainsi que l'article 3 du Code civil dispose dans son alinéa final que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers » ; ainsi, la personne ne devrait pouvoir renoncer à son statut personnel qu'en dépouillant sa nationalité et par suite le musulman ne pourrait tant qu'il reste musulman soustraire ce statut à la loi coranique.

Voilà bien ce que semblent indiquer les principes, et pourtant la question qui a été examinée par la jurisprudence, après avoir été longtemps controversée, paraît définitivement résolue dans le sens opposé à la fin de la période que nous examinons.

C'est au sujet des israélites indigènes et à propos de leurs mariages que la jurisprudence a eu à se prononcer. Mais la question en droit est toujours la même : il s'agit de savoir si les indigènes de l'Algérie, israélites ou musulmans, peu importe, peuvent abdiquer leur statut personnel par une simple manifestation de leur volonté. Deux indigènes israélites se marient devant l'officier de l'état civil français. Peut-on voir là une preuve qu'ils

ont voulu placer leur union sous le régime de la loi française? A supposer que telle ait bien été leur volonté, cette volonté doit-elle produire effet? et faut-il par suite décider que le mariage ainsi contracté avec toutes les conséquences qui en résultent sera régi par le Code civil à l'exclusion de la loi nationale des deux époux? Tels sont les éléments du problème à résoudre.

La Cour d'Alger devant laquelle la question s'était plusieurs fois présentée l'avait par une longue suite d'arrêts, résolue en ce sens que le statut personnel est indélébile, et que par suite, alors même que les deux époux auraient eu la volonté en se mariant de placer leur union sous la loi française, cette volonté ne devait pas être sanctionnée.

La Cour avait persisté dans son opinion malgré deux arrêts contraires de la Cour de cassation des 15 avril 1862 et 5 janvier 1876; les tribunaux d'Algérie l'avaient suivie dans cette voie à l'exception cependant du tribunal d'Alger qui s'était toujours prononcé dans le sens contraire (1).

La question ne semblait plus ainsi faire doute devant la Cour d'Alger, quand soudain et par arrêt rendu le 27 mai 1882, sous la présidence de M. le premier président Sautayra, la Cour renonça à toute sa jurisprudence antérieure pour venir se ranger à la doctrine soutenue par le tribunal d'Alger et appuyée par la Cour de cassation. Elle a depuis persisté dans cette jurisprudence nouvelle, notamment par ses arrêts du 13 décembre 1862 (2) et du 29 décembre 1885 (3).

(1) Voir notamment deux jugements du 29 juin 1861 et du 2 décembre 1869.

(2) Robe, 1884, p. 163.

(3) Robe, 1886, p. 72.

De son côté la Cour de cassation affirmait de nouveau par son arrêt du 6 juin 1883, sa jurisprudence antérieure et maintenait la doctrine des arrêts du 15 avril 1862 et du 5 janvier 1876 (1).

On peut donc dire que la jurisprudence se trouve fixée à la veille du décret de 1886, dans le sens d'une faculté d'option reconnue aux indigènes même pour les matières de statut personnel.

A l'appui de la première opinion, celle de l'indélébilité du statut personnel, on invoquait, outre les principes généraux que nous avons rappelés au début, les arguments de texte tirés principalement des ordonnances de 1837, de 1841, de 1842 et du sénatus-consulte du 14 juillet 1865 ; on montrait que tous ces actes législatifs ont fait une différence profonde entre les contrats ordinaires et les matières de statut personnel, que d'accord en cela avec les principes, ils n'autorisaient l'option pour la loi française qu'en ce qui concerne les premiers et n'admettaient d'autre moyen que la naturalisation pour placer sous cette loi le statut personnel.

A l'appui de la seconde opinion qui triomphe dès 1882 on fait principalement valoir en ce qui concerne les principes, que les indigènes sont des sujets français, non des étrangers, que leur statut personnel ne leur a été conservé que par pure faveur, que c'est le cas d'appliquer l'adage « *Cuique licet renuntiare juri in favorem suum introducto* », que l'intérêt même de l'assimilation des deux peuples le veut ainsi ; en ce qui concerne les textes, on soutient qu'ils ne renferment pas la distinction que veut y voir le premier système, qu'à

(1) Ces trois arrêts de cassation sont rapportés dans le journal de Robe ; 1862, p. 220 ; — 1882, p. 89 ; — 1883, p. 220.

côté de la naturalisation proprement dite ils autorisent cette sorte de demi-naturalisation résultant de l'option pour la loi française faite par les indigènes en ce qui concerne leur statut matrimonial. On montre ensuite que cette option résulte nécessairement du fait par les époux d'avoir fait célébrer leur union par l'officier de l'état civil français.

Les conclusions de M. l'avocat général Robinet de Cléry qui ont précédé l'arrêt d'Alger du 26 juillet 1869 et celles de M. le procureur général Barbier qui précèdent l'arrêt de cassation du 6 juin 1883 (1), nous paraissent résumer tous les arguments produits à l'appui de l'une et de l'autre cause.

La première opinion, celle de l'indélébilité du statut conserve nos préférences ; nous persistons à penser avec les premiers arrêts de la Cour d'Alger que le statut personnel est en dehors des conventions et que le législateur n'a consacré à cet égard aucune faculté d'option.

Si l'on adopte cette manière de voir, il faut conclure sur la question de compétence qui nous occupe que la justice musulmane sera toujours compétente à l'exclusion de la justice française de droit commun pour les matières de statut personnel entre musulmans.

Venons aux matières de statut réel.

2° *Il s'agit d'une matière de statut réel.*

Qu'entend-on tout d'abord par le statut réel ? On désigne par là les lois relatives aux biens mobiliers ou immobiliers peu importe, celles qui ont pour objet de régler leur condition juridique. On peut citer les lois relatives à la distinction des biens, celles qui règlent les

(1) V. ces arrêts dans le Journal de Robe, *loc. cit.*

différentes charges, servitudes ou hypothèques, dont les biens sont susceptibles ; celles enfin qui déterminent les voies d'exécution dont ils peuvent être l'objet.

Nous devons ici encore déterminer la compétence des juridictions musulmanes ce qui revient, nous le savons, à rechercher dans quels cas la matière est régie par la loi musulmane, dans quels cas par la loi française.

Il faut tout d'abord bien se rappeler que la règle posée par les décrets est la suivante : « La loi musulmane régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles et commerciales entre musulmans ». Sans doute les parties peuvent d'un commun accord contracter sous l'empire de la loi française ; mais, là pour nous n'est pas la question, puisque nous recherchons les cas où, en dehors de tout accord des parties, la matière du procès se trouve soumise à telle ou telle loi. Cette question n'est-elle pas résolue par le texte même que nous venons de rappeler et ne devons-nous pas décider que la loi musulmane sera toujours applicable à l'exclusion de la loi française ? La formule employée par les décrets est aussi générale que possible : « la loi musulmane régit toutes les conventions, toutes les contestations entre musulmans », il semble qu'elle embrasse toutes les hypothèses possibles et qu'il ne peut y avoir en aucun cas, l'accord préalable excepté, place pour l'application de la loi française.

Examinons cependant la règle écrite dans les décrets à la lueur des principes généraux du droit et voyons s'il ne doit pas se rencontrer des exceptions nécessaires à cette règle. Nous distinguerons suivant que la matière est mobilière ou immobilière.

α) La matière est mobilière.

De droit commun, les meubles qu'un étranger possède en France sont soumis à la loi française en tant qu'on les considère comme objets particuliers ainsi qu'il arrive dans les questions de revendication, de possession, de saisie, de privilège ; ils sont au contraire soumis à la loi nationale de leur propriétaire (quelques-uns disent la loi du domicile), en tant qu'on les considère comme dépendant de l'universalité qui constitue le patrimoine, c'est-à-dire au point de vue de leur transmission par succession (1).

Les meubles qu'un musulman possède en Algérie devraient donc être, d'après ces règles, régis par la loi française dans les cas qui viennent d'être précisés. Que par exemple un musulman fasse saisir les meubles d'un autre musulman, qu'il veuille exercer sur ces meubles certains privilèges, et, si l'on veut, le privilège de locateur, qu'il veuille enfin revendiquer un meuble possédé par un autre musulman ce sont les lois françaises, c'est le Code civil qu'il faudra appliquer.

Observons d'abord que même selon le droit commun le principe ne reçoit application que pour les meubles corporels ; il se fonde en effet sur l'assiette même des meubles, sur le lieu où ils sont, or ce criterium fait défaut lorsqu'il s'agit d'un meuble incorporel ; l'emplacement d'un tel meuble, d'une créance par exemple, ne se conçoit pas, *nullo circumscibitur loco* et dans l'impossibilité où l'on est de lui assigner une loi tirée du lieu de sa situation, on est bien obligé de recourir à la loi du propriétaire du meuble, c'est-à-dire à sa loi personnelle.

(1) Baudry Lacantinerie, I, p. 39 et suiv.

On justifie théoriquement la solution en décidant que le meuble incorporel s'identifie avec la personne de son propriétaire. Une autre solution fait prévaloir la loi du domicile du propriétaire, elle n'identifie point le meuble et la personne, elle admet seulement que l'emplacement du meuble n'est autre que celui même de la personne et que c'est ainsi la loi du lieu ainsi déterminé, donc la loi du domicile qu'il faut appliquer. Cette solution se rapproche beaucoup plus que la première de celle admise pour les meubles corporels.

Quelque valeur qu'elle puisse avoir, la première est évidemment seule d'accord avec le droit spécial algérien ; elle conduit, en effet, comme le veulent le texte des décrets, à appliquer la loi musulmane aux créances et plus généralement aux matières personnelles entre musulmans.

Les principes généraux du droit pour les meubles incorporels se trouvent donc sauf controverse, d'accord avec la règle des décrets et nous ne devons ici rencontrer aucune exception à cette règle. Voilà où semblent conduire les notions théoriques. Aucune difficulté ne s'est d'ailleurs produite dans la pratique : toutes les fois que le procès roule sur un droit de créance entre musulmans, on décide sans hésiter que c'est la loi musulmane qui s'applique, que la juridiction musulmane est compétente.

Supposons maintenant qu'il s'agisse d'un meuble corporel, plus généralement d'un droit réel mobilier. Ici le droit commun au moins pour les cas ci-dessus spécifiés de revendication, de saisie, de privilège est en désaccord complet avec la règle des décrets. Faut-il dire que la règle doit ici fléchir devant le droit commun,

que partant c'est non pas la loi musulmane mais la loi française qu'il faut appliquer et que par suite en matière de droit réel mobilier la juridiction musulmane sera incompétente ?

La question paraît peu étudiée ; la jurisprudence fait défaut. On pourrait voir là un indice de l'applicabilité de la loi française à ces matières. Cette loi, dirait-on, en admettant la règle : « En fait de meubles la possession vaut titre », fait le plus souvent échec au succès de l'action réelle mobilière, d'où il suit que cette action est rarement exercée. Et si la jurisprudence fait défaut n'est-ce point une preuve que les actions de cette sorte sont fort rares même entre musulmans et n'y a-t-il point là comme une application latente du Code civil et de la règle ci-dessus rappelée ?

Ce serait, pensons-nous, une conclusion très hasardée ; nous croyons devoir nous rallier à l'opinion contraire suivant laquelle le droit des décrets déroge ici au droit commun et admet dans tous les cas l'application de la loi musulmane. Cette application, nous l'avons vu, est certaine pour les actions personnelles mobilières qui sont de beaucoup les plus nombreuses ; elle constitue donc la règle générale ; il faudrait un texte pour soustraire les actions réelles mobilières à l'application de cette loi ; or ce texte nous ne le trouvons pas ; nous n'avons que le texte général de l'article 1 (D. 1859) qui se prononce pour la loi musulmane : sa formule est aussi compréhensive que possible et semble repousser toute distinction.

Il ne faut point oublier d'ailleurs que la volonté hautement manifestée du législateur a toujours été de conserver leurs lois propres aux musulmans d'Algérie.

Dans un esprit de haute tolérance qui s'affirme jusque dans les rapports présentés au chef de l'État et précédant nos décrets, on a tenu à respecter la loi civile de l'indigène qui se trouve confondue avec sa loi religieuse. Ne serait-ce pas dès lors aller contre le vœu du législateur que d'interpréter le droit spécial algérien en l'absence d'un texte positif dans le sens de l'exclusion de la loi musulmane au profit de la loi française ?

Il y a bien un arrêt du 8 janvier 1884 (1) rendu sur une demande de revendication d'objets mobiliers saisis et l'arrêt, bien que toutes les parties soient musulmanes, décide que la juridiction musulmane est incompétente ; mais il s'agit dans l'espèce d'une saisie pratiquée par un officier ministériel français et la Cour se décide, qu'on le remarque bien, par ce motif que la juridiction musulmane est sans qualité pour apprécier la procédure de cet officier ministériel français. Elle reconnaît dans un considérant absolument formel « que le juge musulman pourrait statuer utilement sur la question de propriété desdits objets, et le cas échéant ordonner leur remise au nom du revendiquant » dès l'instant où le juge français aurait prononcé la main levée de la saisie ; c'est donc que pour la Cour l'obstacle à la compétence des juridictions musulmanes provient uniquement de la saisie pratiquée par un huissier français ; et cet obstacle une fois levé, elle reconnaît formellement la compétence de ces juridictions pour statuer sur l'action réelle mobilière. Voilà comment l'arrêt du 8 janvier, bien que contraire en apparence, est très formel dans le sens de notre opinion. Disons donc que les actions réelles mobilières entre musulmans, de même

(1) Alger, 8 janvier 1884 ; Robe, 1885, p. 179.

que les actions personnelles se trouvent toujours soumises de plein droit à la loi musulmane.

Résumant les solutions que nous avons admises jusqu'ici nous pouvons conclure que la loi musulmane régit de plein droit le statut personnel et le statut réel mobilier entre musulmans, et que par suite la juridiction musulmane est ici toujours compétente, à raison de la matière. A la vérité un obstacle à la compétence pourra surgir, mais il proviendra d'une cause extérieure, complètement étrangère à la matière même du procès.

b). La matière est immobilière.

Venons maintenant aux matières immobilières et recherchons, comme pour les hypothèses précédentes, dans quels cas ces matières ressortiront à la juridiction musulmane, ou, ce qui revient au même, dans quels cas la loi musulmane leur sera applicable.

D'après le droit commun tous les immeubles compris dans le territoire de la France sont régis par la loi française (art. 3, C. civ.). Or, l'Algérie s'est trouvée par la conquête incorporée à la France, donc tous les immeubles situés en Algérie doivent être soumis aux lois françaises.

Le législateur a ici encore dérogé au droit commun en faveur des Arabes ; il s'agit de préciser la mesure exacte de cette dérogation. Elle consiste, fixons-nous bien sur ce point, à laisser sous l'empire de la loi musulmane des immeubles situés dans un territoire devenu français par la conquête. Observons qu'ici la dérogation au droit commun est considérable. Qu'on ait laissé le statut personnel des musulmans soumis à la loi musulmane, cela se conçoit : les musulmans sont

bien devenus en 1830 des sujets de la France, mais ils ne sont pas devenus de plein droit des citoyens français ; or les principes nous disent qu'on ne dépouille son statut personnel qu'en perdant sa nationalité. La France qui ne voulait point abuser du droit de conquête a respecté ces principes et maintenu aux sujets conquis leur statut personnel.

Mais la situation change quand au lieu des personnes on considère le territoire : le territoire n'est point comme la personne simplement soumis à la France, il ne devient pas à demi français, la conquête l'incorpore au territoire, il devient la France elle-même, et comme telle c'est la loi française qui de plein droit lui est applicable, quels que puissent être ses propriétaires. Voilà ce que dit le droit commun. Il n'y a pas pour l'immeuble une situation intermédiaire ; c'est donc le contre-pied du droit commun, le contre-pied de la solution dictée par les principes que l'on prend, quand on décide non plus que la personne mais que le fonds conservera sa loi d'avant la conquête.

Plus grande est la dérogation aux principes, plus éloignée de la règle se trouve l'exception et plus il faut la contenir dans les limites les plus strictes. C'est dire que toute la matière que nous étudions est de droit étroit et qu'on doit appliquer dans toute sa rigueur le principe d'interprétation restrictive.

Cette idée se confirme si l'on songe à la gravité même des conséquences de ce maintien de la terre algérienne sous la loi musulmane, aux abus de toute sorte qui en sont résultés, à la tendance chaque jour plus marquée du législateur de renoncer au droit exceptionnel qu'il a créé pour en revenir au droit commun.

Ces considérations préliminaires devront nous servir de guide dans l'examen de la question.

Voyons tout d'abord les textes qui ont créé ce droit exceptionnel en maintenant certaines terres d'Algérie sous la loi musulmane.

La capitulation du 5 juillet 1830 porte : « l'exercice de la religion mahométane restera libre. La liberté des habitants de toutes les classes, leur religion, *leurs propriétés* ne recevront aucune atteinte ».

L'arrêté du 22 octobre 1830 défère au cadi maure toutes les causes entre musulmans ; il ne distingue pas entre les actions réelles et les actions personnelles, ce qui implique que les premières comme les secondes restent soumises au juge musulman, à la loi musulmane.

L'arrêté du 28 mai 1832 qui est relatif aux transactions sur immeubles, s'en explique formellement dans son article 10 : « Les transactions sur immeubles entre musulmans, musulmans et israélites, israélites continueront à être régies *par le droit antérieur* » ; au contraire l'arrêté applique la loi française dès qu'un chrétien est intéressé.

Les mêmes principes se retrouvent dans l'ordonnance du 1^{er} octobre 1844. Le but de cette ordonnance est de régulariser les acquisitions immobilières faites chez les indigènes par des européens, de garantir à ces derniers les droits immobiliers qu'ils ont acquis ; elle pose pour cela quelques règles spéciales, elle décide en outre que « toutes actions réelles seront portées devant les tribunaux français et jugées d'après les lois françaises, que les ventes seront à l'avenir soumises au Code civil » ; mais il s'agit là seulement des actions réelles et des ventes entre européens et indigènes, le droit musulman reste

applicable aux ventes entre indigènes seuls ; cela résulte de l'économie générale de l'ordonnance, ce point n'est pas contesté.

La loi du 16 juin 1851 qui remplace l'ordonnance de 1844 dit à son tour dans son article 11 : « Sont reconnus tels qu'ils existaient au moment de la conquête ou tels qu'ils ont été maintenus, réglés ou constitués postérieurement par le gouvernement français, les droits de propriété et les droits de jouissance appartenant aux particuliers, aux tribus et aux portions de tribu ».

Et dans l'article 16 : « Les transmissions de biens, de musulman à musulman continueront à être régies par la loi musulmane. Entre toutes autres personnes, elles seront régies par le Code civil ».

On trouve ici encore la loi musulmane réservée pour les transactions immobilières entre musulmans.

Mêmes règles, mêmes principes dans les décrets des 31 décembre 1859 et 13 décembre 1866 dont la formule générale, « la loi musulmane régit toutes les conventions, toutes les contestations civiles et commerciales entre musulmans », embrasse tous les cas possibles et réserve par là même implicitement la loi musulmane pour les matières immobilières entre musulmans.

Lisons l'article 1^{er} du sénatus-consulte du 22 avril 1863, il porte : « les tribus de l'Algérie sont déclarées propriétaires des territoires dont elles ont la jouissance permanente et traditionnelle, à quelque titre que ce soit.... ».

C'est la répétition du principe écrit dans l'article 11, loi de 1851 ; c'est la confirmation du droit antérieur, du droit de jouissance immobilière tel qu'il existait au moment de la conquête.

Lisons enfin la loi du 26 juillet 1873, article 2 : « Les lois françaises et notamment celle du 23 mars 1855, sur la transcription seront appliquées aux transactions immobilières ». — Suit la détermination des époques où cette application aura lieu pour les divers cas prévus par l'article et notamment pour le cas d'immeubles possédés par des musulmans. Ce texte par là même qu'il fixe les époques où les lois françaises commenceront à s'appliquer reconnaît que le droit musulman avait jusque là régi l'immeuble.

Tels sont les textes qui établissent la dérogation dont nous avons parlé. Deux idées s'en dégagent : on a maintenu sous la loi musulmane et malgré la conquête certaines terres d'Algérie ; ces terres sont celles qui se trouvaient et sont restées aux mains des musulmans. Nous voyons le législateur accorder des protections spéciales aux acquéreurs européens, proclamer l'application des lois, la compétence des tribunaux français dès qu'un européen, un chrétien a acquis ; mais il maintient toujours soit explicitement, et par une disposition formelle, soit implicitement le statut musulman, aussi longtemps que la propriété ne sort pas des mains des musulmans. Le maintien du statut réel musulman est en lui-même hors de doute.

Deux arrêts de la Cour d'Alger rendus l'un au début, l'autre à la fin de notre période, affirment nettement le principe : tant que des biens (il s'agit d'immeubles) appartiennent à des indigènes, nous dit un premier arrêt du 3 juin 1862 (1), ils sont régis même depuis la dénomination par la loi musulmane ; il résulte des traités qui

(1) Alger, 3 juin 1862 ; Robe, 1862, p. 197.

ont consacré cette dénomination qu'aucune modification n'a été apportée au droit de propriété qui a été maintenu tel qu'il était dans le passé.

L'article 10 de l'arrêté de l'Intendant civil, nous dit à son tour l'arrêt du 31 décembre 1884 (1), et l'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 ont conservé aux indigènes musulmans, toutes leurs lois concernant les transaction immobilières.

Ainsi, maintien du statut réel musulman au profit des indigènes, voilà ce que nous disent très clairement les textes et les arrêts. Nous avons vu combien était anormal et contraire au droit commun ce maintien du statut réel musulman, signalons en passant une difficulté fort grave que cette règle soulève. Elle a pour effet d'admettre sur le sol algérien la coexistence de deux statuts différents, statut français d'une part, statut musulman de l'autre. S'ils sont en conflit lequel doit prévaloir ? Un immeuble de statut réel musulman est vendu par un indigène à un autre indigène suivant la forme de la loi musulmane, c'est-à-dire par simple acte non enregistré ni transcrit ; plus tard ce même immeuble sort des mains des indigènes, il passe à un acquéreur européen qui conformément au statut réel français fait enregistrer et transcrire son titre. Ce titre français transcrit devra-t-il prévaloir sur le titre non transcrit de l'acquéreur indigène antérieur ? L'euro péen va-t-il pouvoir évincer ce dernier ? Si l'on décide par l'affirmative ne fait-on pas échec à la règle du maintien du statut réel musulman au profit des indigènes ? Si l'on décide par la négative que devient la règle protectrice de la

(1) Alger, 31 décembre 1884 ; Robe, 1885, p. 160.

transcription posée par le statut français ? Chacun des acquéreurs successifs s'est conformé à sa loi, chacun devrait recueillir le bénéfice de la propriété certaine, incommutable, que cette loi lui assure ; mais les deux lois sont contradictoires, l'une n'exige pas la transcription, l'autre l'exige, elles créent deux situations exclusives l'une de l'autre. A laquelle donner la préférence ? Lequel des deux statuts sacrifier dans le conflit ?

Il y a là une difficulté spéciale au droit algérien sur laquelle on trouve une jurisprudence hésitante, contradictoire, avec une tendance finale à faire prédominer le statut français. Cette difficulté n'existe pas et ne peut exister en France, elle tient à cet état de choses anormal créé sur le sol algérien par la dualité des statuts, elle montre combien ce maintien du statut réel musulman sur une terre française heurte l'application naturelle des principes ; elle confirme par là même le caractère éminemment exceptionnel de la dérogation au droit commun que nous étudions.

Quoi qu'il en soit, cette dérogation produit un effet certain sur la compétence. Par là même qu'elle a pour effet de maintenir sous la loi musulmane les immeubles auxquels elle s'applique elle rend la juridiction musulmane compétente pour statuer sur toutes les questions réelles se rattachant à ces immeubles. C'est toujours le même principe : là où s'applique la loi musulmane le juge musulman a qualité pour statuer. Nous parlons des questions réelles ; que décider pour les actions personnelles se rattachant à l'immeuble ? Ici la loi de l'immeuble ne paraît pas en cause ; c'est donc uniquement en considération des personnes qu'il faudrait se décider, ce qui revient à dire, nous le savons, que la

juridiction musulmane serait compétente entre musulmans seuls, incompétente si un non musulman est partie en cause. Des difficultés se sont pourtant produites au sujet de certaines actions personnelles qu'on qualifie d'accessoires au droit de propriété, l'action en paiement de loyer par exemple ; certains pensent qu'à raison du lien intime qui les unit au droit de propriété, elles doivent suivre la loi applicable à ce droit ; qu'ainsi s'il s'agit d'un immeuble de statut français, de telles actions sont régies par la loi française, d'où la conséquence qu'elles échappent à la juridiction musulmane alors même qu'elles sont exercées entre musulmans seuls. Nous retrouverons ces difficultés.

Au point où nous en sommes, il s'agit de bien déterminer quels immeubles sont maintenus sous la loi musulmane, à quelles conditions, jusqu'à quelle époque ils demeurent sous cette loi. Nous fixerons par là même la compétence de la juridiction musulmane, puisque cette compétence se mesure exactement sur les immeubles de statut réel musulman.

La première question ne souffre pas de difficultés : le maintien du statut réel musulman est une faveur faite aux indigènes ; on a tenu à respecter non seulement leurs propriétés, on a voulu leur conserver leurs droits tels qu'ils se comportaient ; on a pour cela maintenu le droit antérieur à la conquête ; tout cela implique bien que les seuls immeubles maintenus sous la loi musulmane sont les immeubles appartenant aux indigènes ; nul doute par exemple que les portions de territoire qui au moment de la conquête sont devenues la propriété, de l'État français qui succédait au Beylick, ne soient tombées en même temps sous l'empire de la loi françai-

se ; ce n'est point en faveur du sol algérien en tant que tel, qu'on a maintenu le statut musulman, il y aurait eu là une abdication pure et simple du droit de conquête qui ne se conçoit pas, c'est en faveur du sol algérien en tant qu'il demeure affecté aux indigènes ; cette première limitation au maintien du statut est d'évidence, elle résulte clairement d'ailleurs des textes, nous n'insistons pas.

La difficulté devient sérieuse quand on se demande non plus à quelle catégorie d'immeubles le maintien du statut musulman a été appliqué lors de la conquête, mais bien à quelles conditions, jusqu'à quelle époque les immeubles ainsi mis hors pair sont demeurés tels.

Nous avons marqué déjà la tendance du législateur, dans les lois relatives à la propriété immobilière, à en revenir au droit commun, à faire peu à peu entrer sous le statut français les portions de territoires qui lui échappent. Il s'agit de préciser comment s'effectue ce retour au droit commun, comment l'immeuble resté musulman va redevenir français. C'est la question fameuse de la francisation des immeubles indigènes.

On conçoit à cet égard deux faits d'ordre différent : ou bien la francisation de l'immeuble résultera des principes généraux du droit, ou bien elle résultera d'une règle spéciale posée par le législateur algérien ; après avoir octroyé une faveur, le législateur a bien le droit de la limiter, de la supprimer même s'il le juge utile ; ce qu'une première loi a fait, une loi postérieure peut le défaire sauf à respecter les droits acquis.

Voyons tout d'abord les cas de francisation spécialement prévus par les textes ; nous examinerons ensuite ceux qui résultent des principes généraux.

Le texte général à cet égard est l'article 2 de la loi du 26 juillet 1873, il s'exprime ainsi :

Les lois françaises et notamment celles du 23 mars 1855 sur la transcription, seront appliquées aux transactions immobilières :

« 1° A partir de la promulgation de la présente loi, pour les conventions qui interviendront entre individus régis par des statuts différents ; 2° A partir de la même époque pour les conventions entre musulmans relatives à des immeubles situés dans les territoires qui ont été soumis à l'application de l'ordonnance royale du 21 juillet 1846 et dans ceux où la propriété a été constituée par voie de cantonnement ; 3° Au fur et à mesure de la délivrance des titres de propriété pour les conventions relatives aux immeubles désignés à l'article 3 ci-après. »

Le texte vise au début des individus régis par des statuts différents ; le statut dont il est ici question est le statut personnel ; le statut personnel est on le sait l'expression de la nationalité ; il s'agit donc d'individus de nationalités différentes, un musulman et un européen par exemple.

Il est question dans le 2° de l'article des territoires qui ont été soumis à l'application de l'ordonnance du 21 juillet 1846 et de ceux où la propriété a été constituée par voie de cantonnement. Quelques mots d'explication sont nécessaires : l'ordonnance de 1846 a pour but général de vérifier et d'établir le droit de propriété ; elle prescrit une série d'opérations qui aboutissent à la revision des titres des tenanciers du sol, à l'exacte détermination de leurs lots de terre ; des arrêtés spéciaux déterminent les territoires où cette vérification doit être faite ; on choisit les territoires plus particulièrement

rement civils et de colonisation où l'élément européen commence à se fixer ; c'est en effet en faveur des acquéreurs européens que l'ordonnance prescrit l'établissement du droit de propriété ; elle tend à les mettre à l'abri des évictions nombreuses auxquelles les expose le peu de régularité des ventes que leur ont consenties les indigènes. — Quant au cantonnement c'est une mesure qui a été prescrite en 1847 et en 1858, et qui était destinée à resserrer, à cantonner les tribus dans les territoires qu'elles pouvaient exploiter et à ouvrir à la colonisation européenne les terres ainsi rendues libres. Cette mesure se combinait avec le principe admis alors, de la division du territoire en deux zones, l'une conservée aux indigènes, l'autre ouverte aux européens avec défense à ces derniers d'acquérir des immeubles dans la zone réservée. Elle n'a jamais reçu que des commencements d'exécution restés sans suite.

Le texte nous parle enfin des immeubles désignés à l'article 3 et des titres de propriétés délivrés pour ces immeubles. Ceci a trait aux opérations prescrites par la loi de 1873 pour parvenir à la constitution de la propriété individuelle : ces opérations comprennent la délimitation des territoires des tribus, la répartition de ces territoires entre les douars de chaque tribu, la constatation et reconnaissance de la propriété privée là où le sol est reconnu comme étant possédé privativement par les particuliers, et enfin la constitution de la propriété individuelle là où le sol est possédé indivisément. Des titres sont délivrés aux divers ayants droit, à la suite de ces opérations, soit de reconnaissance de la propriété privée, soit de constitution de la propriété individuelle.

C'est à cet ordre de faits que le 3^e de notre article fait allusion.

Ces quelques expressions du texte ainsi définies, aucune indécision n'existe sur l'interprétation à donner à l'article ; sa rédaction est fort claire ; il prévoit trois cas distincts, trois catégories de conventions relatives à des bles et il leur déclare applicables les lois françaises. Ce sont : 1^o les conventions qui à partir de la promulgation de la loi interviendront entre individus de nationalités différentes ; 2^o les conventions qui à partir de la même époque, interviendront entre musulmans pour des immeubles de territoires ayant été soumis soit à l'ordonnance de 1846, soit aux opérations du cantonnement ; et 3^o les conventions relatives à des immeubles de territoires soumis à la loi de 1873 à partir de la délivrance des titres prévus par cette même loi.

Dès que la matière du procès rentre dans l'un de ces trois cas, et qu'en outre les conditions d'époque précisées par le texte sont remplies, aucun doute n'est possible, la loi française lui est applicable, c'est le législateur lui-même qui le déclare en termes exprès, et partant, la juridiction musulmane est incompétente. Voilà autant de limitations certaines apportées par la loi de 1873 à la compétence de cette juridiction, tout le monde se trouve ici d'accord, aucune hésitation ne s'est produite et ne pouvait se produire d'ailleurs dans la jurisprudence.

Mais les trois cas prévus au texte sont-ils les seuls ? Faut-il dire qu'antérieurement aux époques précisées par le texte, — promulgation de la loi de 1873 ou délivrance des titres remis en exécution de cette loi, — les immeubles maintenus depuis la conquête sous le statut musulman

n'ont pu entrer dans le statut français d'aucune manière ? Faut-il dire en outre qu'il n'y a pour ces immeubles aucun mode de francisation possible en dehors des trois hypothèses spécifiées par le texte ?

C'est ici que les difficultés commencent ; c'est ici que nous allons devoir faire appel non plus à un texte spécial de la législation algérienne mais aux principes généraux du droit.

Quand on lit avec attention le texte de l'article 2 il semble bien que l'on se trouve en présence d'une énumération limitative : les expressions mêmes de l'article, sa disposition matérielle, tout conduit à penser qu'on a voulu nous présenter un tableau d'ensemble de tous les cas d'application possible des lois françaises aux immeubles musulmans, avec l'indication pour chacun d'eux de l'époque où cette application commence. Nous allons voir si les principes du droit permettent de maintenir cette solution.

Reprenons chaque terme de l'énumération ; commençons par le premier : il s'agit des conventions (relatives à des immeubles, cela va de soi) entre individus de nationalités différentes ; la formule employée ne comprend que les conventions postérieures à la promulgation de la loi ; « à partir de la promulgation » dit le texte, il est impossible d'équivoquer sur ce point. Toutes les conventions intervenues avant cette époque se trouvent par là même exclues ; faut-il conclure que la loi musulmane leur était applicable ? Cette conclusion est impossible. En effet, les conventions dont il s'agit existent nécessairement entre indigènes et européens, elles ont pour effet de transmettre le droit de propriété ou un démembrement de ce droit de l'un à l'autre, de faire passer des

maines indigènes aux mains des européens le droit réel objet de la convention. Or, nous l'avons expliqué au début et c'est un point d'évidence, le statut réel musulman n'a été maintenu que pour la propriété qui est aux mains des indigènes ; dès qu'ils l'abandonnent, dès qu'elle arrive à des européens, le maintien du statut musulman perd sa raison d'être, ce statut disparaît pour faire place au statut français ; c'est par la force des choses qu'il en est ainsi : on se trouve dès lors en présence d'un immeuble situé dans un territoire français, aux mains d'un propriétaire français, il ne peut être possédé qu'au titre français ; rien ni dans la personne, ni dans le fonds ne saurait expliquer le maintien du statut musulman. Sans doute, nous avons rencontré des textes qui décident que la loi musulmane pourra être appliquée sous certaines conditions aux conventions entre musulmans et non musulmans, mais dès qu'il s'agit d'un droit réel dans un immeuble transmis par un indigène à un européen, cette application ne se conçoit plus : le droit réel appartenant à un Français dans un immeuble situé sur une terre française se trouve nécessairement régi par la loi française. On n'est point ici en présence de deux parties contractantes ayant une loi personnelle distincte ; on a un immeuble dont la loi propre est la loi française (art. 3, C. civ.), qui n'était maintenu sous le statut musulman que pour des raisons qui ont cessé d'exister ; la loi de l'immeuble redevient donc la loi française et c'est par suite cette loi qui nécessairement régit la convention.

Il y a au surplus un texte très formel en ce sens, c'est l'article 16 de la loi du 16 juin 1851 ; il est ainsi conçu : « Les transmissions de biens de musulman à musulman

continueront à être régies par la loi musulmane. Entre toutes autres personnes, elles seront régies par le Code civil ». La solution que nous donnons est donc certaine depuis 1851, elle est écrite dans le texte qui précède. Elle ne l'est pas moins pour la période antérieure, le texte de l'article 16 n'innove pas, il confirme ce qui est.

A supposer même que la controverse pût exister sur ce point, la question de compétence ne saurait faire doute : un européen se trouve en cause, c'est la condition même de l'hypothèse que nous examinons ; donc la justice musulmane n'est pas compétente. Si l'incompétence ne provient pas de la matière, elle proviendra en tout cas de la qualité des personnes. On pourra, en d'autres termes, discuter sur la nature de l'incompétence, sur le point de savoir si l'on se trouve en présence d'une incompétence « *ratione materiæ* » ou « *ratione personæ* » ; mais le fait de l'incompétence de la justice musulmane n'en est pas moins certain, et il faut dire que les conventions visées par le 1^o de notre article, même celles intervenues avant la promulgation de la loi de 1873 échappent aux juges indigènes. Il resterait à expliquer pourquoi l'article précise : « à partir de la promulgation de la présente loi ». C'est, comme l'enseigne M. Robe dans son commentaire de la loi de 1873, que le législateur dispose seulement pour l'avenir et laisse le passé tel qu'il est. Or les principes, à défaut du texte, donnent la solution sur ce point pour la période antérieure à la loi et ils montrent que cette solution coïncide avec la règle posée par le texte. Il faut dire du paragraphe 1^{er} de l'article 2, loi de 1873, ce que nous avons dit de l'article 16, loi de 1851 : ce texte n'innove

pas : il pose en termes exprès une règle qui jusque-là résultait des principes.

Venons au second terme de l'énumération : il comprend les conventions qui, à partir de la même époque, c'est-à-dire de la promulgation de la loi interviendront entre musulmans pour des immeubles de territoires soumis soit à l'ordonnance de 1846, soit au cantonnement. Ici, on le suppose, le débat s'agite entre musulmans, la question de compétence dépend donc uniquement de la matière, c'est-à-dire de l'applicabilité à l'immeuble de la loi musulmane ou de la loi française. La détermination exacte des cas où devra s'appliquer la loi française présente donc un intérêt tout particulier. Le texte en cite deux : nous n'avons rien à dire du second qui est celui où le territoire de la situation de l'immeuble a été soumis au cantonnement ; il offre peu d'applications pratiques, par là même que le cantonnement a été peu pratiqué ; il ne présente dans tous les cas aucune difficulté ; le territoire a ou n'a pas été soumis aux opérations dont s'agit, c'est simple affaire de vérification, nous n'insistons pas. A la vérité on peut soulever la question de savoir si c'est seulement à partir de la promulgation de la loi de 1873 que de tels immeuble reçoivent l'application des lois française, mais c'est là une difficulté commune aux deux cas visés par le texte, nous l'examinerons plus loin.

Prenons l'autre cas : il donne lieu par lui-même et indépendamment de la détermination d'époque, à quelques difficultés. Le texte vise les territoires soumis à l'ordonnance de 1846 ; les territoires non soumis à l'ordonnance se trouvent-ils par là même exclus ? Pour comprendre la difficulté, il est nécessaire de se rappeler

l'économie générale de cette mesure législative. L'ordonnance a pour but, nous l'avons dit, de vérifier et d'établir le droit de propriété là où il est à l'état de confusion et de désordre. Ce sont des arrêtés spéciaux nous dit l'article 1^{er} de l'ordonnance, qui déterminent les périmètres des territoires où cette vérification devra être faite. Ce même article 1^{er} ajoute « ne sont pas compris dans ces territoires, etc... » ; suit l'énumération d'un certain nombre de communes que l'ordonnance dispense de la vérification qu'elle prescrit.

Là-dessus une double question se pose : Faut-il dire que les territoires nommément dispensés de la vérification par l'article 1^{er} de l'ordonnance échappent à la règle de notre article 2-2^o, loi du 26 juillet 1873, attendu qu'ils n'ont pas été soumis aux opérations de l'ordonnance et ne remplissent point ainsi la condition exigée par cet article ? A supposer qu'on applique l'article 2-2^o à ces territoires nommément dispensés des opérations de vérification, ces territoires seront-ils les seuls auxquels il convient d'étendre la règle de l'article 2-2^o ?

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour répondre négativement sur les deux questions. Elles étendent l'application de l'article 2-2^o des cas prévus par le texte à des cas non prévus. Voyons comment se justifie cette application extensive de la règle.

Sur la première question le doute n'est pas possible. Que si le texte qui nous occupe soumet à la loi française, à compter de la promulgation de la loi de 1873, les territoires qui ont subi le contrôle de l'ordonnance de 1846, il faut y soumettre également les territoires pour lesquels ce contrôle a été jugé inutile ; il y a là, comme le disait M. le premier président Cuniac dans

son rapport au Conseil supérieur (séance du 27 décembre 1873) un *à fortiori* évident : Si les territoires en question n'ont pas été contrôlés, c'est qu'on les estimait contrôlés à l'avance. C'est bien le cas de leur appliquer l'adage : *Ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet*. La jurisprudence de la Cour d'Alger a toujours été très ferme sur ce point.

La loi du 26 juillet 1873, article 2-2°, nous dit un premier arrêt du 14 juillet 1874 (1), régit non seulement les immeubles situés dans des territoires soumis à l'application de l'ordonnance du 26 juillet 1846, mais encore ceux qui par l'article 1^{er} de ladite ordonnance ont été dispensés de la vérification prescrite. Et l'arrêt tirant de ces prémisses la conséquence nécessaire qui en découle ajoute : Ces immeubles se trouvent donc soumis à la loi française et par suite la juridiction musulmane est incompétente pour connaître des difficultés relatives à ces immeubles.

Cette jurisprudence a toujours été suivie sans controverse ; elle s'affirme de nouveau dans un jugement du tribunal de Constantine du 7 mars 1876 (2). Nous n'insistons pas. Il est acquis que les territoires nommément dispensés de la vérification par l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1846, tombent sous le coup de l'article 2-2° de la loi de 1873 et comme tels sont régis par la loi française et échappent à la compétence de la juridiction musulmane.

Notre seconde question surgit alors. Les territoires nommément dispensés seront-ils seuls dans ce cas ? Ici

(1) Alger, 14 juillet 1874 ; Robe, 1874, p. 92.

(2) Constantine, 7 mars 1876 ; Robe, 1877, p. 5.

encore le doute est impossible. Quels sont tout d'abord les territoires nommément dispensés des opérations de vérification ? Ce sont les villes et banlieues d'Alger, Oran, Bône, Blidah, Mostaganem. Quel est maintenant le motif de la dispense ? C'est, nous dit le rapport officiel au roi, qui précède l'ordonnance, que dans la banlieue des villes, où la terre est possédée à titre privatif, où chaque propriété est délimitée, close de murs ou de haies, parfaitement connue, la mesure de vérification eût été sans objet. N'est-il pas dès lors sensible que la dispense doit être étendue à toutes les villes, à toutes les banlieues même non désignées par l'article, dans lesquelles l'état de la propriété présente le même degré de précision, le même caractère de certitude ?

Cette parité de situation était nettement établie par un décret du 24 mars 1852 aux termes duquel un précédent décret du 20 mars 1849 qui prescrit la vérification des titres dans la banlieue de Constantine est rapportée par ce motif que dans cette zone la propriété particulière est constituée sur des titres réguliers ou sur une possession qui en rendent l'assiette exacte et bien connue.

On a sans hésiter et pour les raisons qui précèdent assimilé Constantine et sa banlieue aux territoires nommément dispensés de l'application de l'ordonnance de 1846 (1).

Il fallait en conclure et l'on en a conclu que la loi de 1873, article 2-2° s'appliquait à Constantine et sa banlieue, qu'ainsi ces territoires au moins depuis la promulgation de la loi de 1873 échappaient à la loi et à la juridiction musulmanes.

(1) Tribunal de Constantine, 7 mars 1876 ; Robe, 1877, p. 5 ; 23 juin 1877 ; Robe, 1877, p. 171.

Les mêmes considérations, les mêmes principes sont appliqués par le tribunal de Philippeville à la ville de Collo (1), par le tribunal de Constantine à la ville de Milah (2).

Ce dernier jugement, longuement motivé, dégage nettement le principe : il décide qu'il y a lieu de donner une interprétation extensive à notre texte (art. 2-2°, loi 26 juillet 1873) et de déclarer soumis à la loi française, dès le jour de la promulgation de la loi, tous les territoires où la situation de la propriété est parfaitement délimitée.

Telle est bien la conclusion logique qu'il faut donner à ce débat : telle est toute la portée que comporte notre texte. Le législateur de 1873 a entendu rendre applicable dans un temps donné la loi française à tous les immeubles de l'Algérie, c'est donc se pénétrer de sa pensée et rentrer dans ses vues que donner le plus d'extension possible au principe de l'application du statut réel français.

Concluons que le second terme de l'énumération contenue dans notre article embrasse implicitement tous les territoires où l'assiette de la propriété est parfaitement déterminée et que par suite ces territoires échappent tout ensemble à la loi et à la juridiction musulmanes.

Quelle est maintenant l'époque à compter de laquelle se produit ce résultat. Nous rencontrons ici une difficulté semblable à celle que nous avons examinée sur le paragraphe 1. Le texte nous dit « à partir de la même époque » c'est-à-dire « à partir de la promulgation de la loi ». En faut-il conclure que la loi française n'a régi

(1) Philippeville, 5 mai 1877 ; Robe, 1877, p. 178.

(2) Constantine, 17 mai 1882 ; Robe, 1883, p. 8.

avant 1873 aucun des immeubles situés dans les territoires qui nous occupent ? Il y a lieu de faire une distinction.

Que si l'on se trouve en présence d'un immeuble qui ne remplit d'autre condition que celle de faire partie d'un de ces territoires, c'est par exemple un fonds de terre situé dans la banlieue de Constantine et possédé au titre musulman par un indigène, il est clair que cet immeuble n'est devenu français qu'en vertu de notre article et à compter seulement de la promulgation de la loi ; aucun texte, aucun principe ne permet de placer sa francisation à une époque autre que celle fixée par le texte ; cet immeuble était musulman de par le droit antérieur à la loi de 1873, c'est donc seulement en vertu de cette loi et à l'époque qu'elle indique qu'il devient français. Il n'y a pas de difficulté sur ce point. Mais la difficulté existe pour ceux des immeubles de ces territoires dont le droit de propriété repose sur un titre français : ce sera par exemple un titre délivré par l'autorité administrative à la suite des opérations de vérification prescrites par l'ordonnance de 1846 ou des opérations du cantonnement ; ce sera un titre émanant d'un officier ministériel français tel qu'un titre notarié ; ou bien un titre émanant de l'autorité judiciaire, tel qu'un jugement rendu par un tribunal français. Ici l'immeuble, outre qu'il est situé dans un territoire francisé par la loi de 1873 à dater de sa promulgation, a fait, on le suppose, antérieurement à cette loi, l'objet d'un acte français. Ne faut-il pas dire dès lors, que cet acte l'avait déjà rendu français par sa vertu propre et à compter de sa date, d'où cette conséquence que dans les territoires même qui nous occupent il se rencontrerait des immeubles qui dès avant 1873 échappaient à la loi et à la juridiction musulmanes ? Nous

allons retrouver cette question à propos du paragraphe 3, nous nous contentons de la signaler à présent et nous passons tout de suite à l'étude de ce paragraphe.

Le paragraphe 3 de l'article 2, loi de 1873, dispose que les lois françaises seront appliquées « au fur et à mesure de la délivrance des titres de propriété pour les conventions relatives aux immeubles désignés à l'article 3 ci-après »; quels sont ces immeubles et quels sont les titres ainsi délivrés? Il suffit de se reporter à l'article 3 qui contient l'économie générale de la loi de 1873.

Le système de la loi, envisagé à un point de vue très général, consiste à bien fixer tout d'abord les limites des diverses tribus entre lesquelles se répartit le territoire de l'Algérie. On répartit ensuite en douars communes le territoire de chaque tribu; on constate dans cette seconde opération le caractère général des terres composant chaque douar commune; sont-ce des terres possédées privativement par chaque chef de tente? Sont-ce des terres possédées à titre collectif par tous les membres d'une même fraction? Dans le premier cas, terres de propriété privée, une suite d'opérations prescrites par la loi ont pour but de constater, de vérifier, les droits de chaque tenancier du sol; il s'agit là d'une procédure administrative tendant à la constatation de la propriété privée et aboutissant à la délivrance par l'autorité administrative de titres de propriété au profit de chaque tenancier dont le droit a été reconnu. C'est là l'objet du chapitre premier du titre II de la loi. Dans le second cas, terres de propriété collective, une autre procédure administrative tend à constituer la propriété individuelle par l'attribution à chaque ayant droit de la surface dont il aura été reconnu avoir la jouissance effec-

tive; cette procédure aboutit comme la première à l'établissement et à la délivrance de titres de propriété aux ayants droit; elle s'appelle de son nom technique « procédure relative à la constitution de la propriété individuelle »; elle fait l'objet du titre II, chapitre II de la loi.

Ce sont les titres ainsi délivrés à la suite de l'une ou de l'autre procédure, dont traite notre paragraphe 3 et il décide que les lois françaises s'appliquent au fur et à mesure de la délivrance de ces titres.

Cette disposition soulève deux grandes questions à résoudre : 1° Pour les immeubles faisant l'objet des titres ci-dessus spécifiés, quel est le moment précis où la loi française devient applicable et où par suite la juridiction musulmane devient incompétente ? 2° Les titres délivrés en exécution de la loi de 1873 sont-ils les seuls qui aient pour effet de soumettre les immeubles qui en sont l'objet à la loi française ? Dans la négative quels sont les titres produisant cet effet et ici encore à quel moment précis l'effet se produira-t-il, à quel moment l'immeuble, objet du titre, passera-t-il sous la loi française et échappera-t-il par suite à la compétence de la juridiction musulmane ?

Reprenons la première question : le texte est fort clair; il ne fait intervenir la loi française et la compétence des tribunaux français qu'après la délivrance du titre.

Ne faut-il pas en conclure que jusque là l'immeuble a été soumis à la loi et à la juridiction musulmane ? Plusieurs arrêts ont consacré cette solution.

Pour bien saisir le sens et la portée de ces arrêts donnons une idée générale de la procédure administrative qui aboutit à la délivrance des titres. Le Gouverneur gé-

néral rend un arrêté qui désigne le territoire à soumettre aux opérations de la loi de 1873, puis nomme un commissaire enquêteur. L'enquêteur rend une ordonnance indiquant le jour où il se rendra sur les lieux. Au jour fixé les opérations de constatation, de recherche, commencent pour se terminer par la délivrance d'un titre provisoire prévu à l'article 17 de la loi. Ce titre provisoire ainsi que les conclusions de l'enquêteur peuvent être contestés dans les trois mois à partir de la publication prescrite ; cette contestation doit être portée devant les tribunaux français. A l'expiration du délai de trois mois, les titres non contestés deviennent définitifs ; les titres contestés sont de même transformés en titres définitifs en prenant pour base les décisions intervenues.

Cela posé, un premier arrêt du 22 mars 1876 (1), décide que les indigènes conservent pendant les opérations du commissaire enquêteur le droit d'introduire les actions réelles qui leur compètent relativement aux immeubles soumis aux dites opérations et que ces actions jusqu'à l'établissement des titres provisoires sont de la compétence des tribunaux musulmans.

Un deuxième arrêt du 15 mai 1877 (2), dispose que les cadis sont compétents dès qu'ils sont saisis antérieurement à la publication prévue à l'article 17 de la loi sur la délivrance d'un titre provisoire.

Aux termes d'un troisième arrêt (3), toutes les contestations qui peuvent s'élever au cours des opérations du commissaire enquêteur doivent être portées devant les tribunaux, et tant que le délai de 3 mois de l'article 18,

(1) Alger, 22 mars 1876 ; Robe, 1876, p. 49.

(2) Alger, 15 mai 1877 ; Robe, 1877, p. 266.

(3) Alger, 22 mars 1880 ; Robe, p. 233.

loi de 1873, n'a pas commencé à courir, les tribunaux musulmans restent compétents pour les contestations entre indigènes.

Un dernier arrêt du 23 décembre 1884 implique très nettement encore que la juridiction musulmane est compétente jusqu'à la délivrance du titre provisoire (1).

La jurisprudence de ces arrêts est non moins claire que le texte même de notre paragraphe 3 : elle est très ferme en ce sens que l'application de la loi française et la compétence qui en découle ne commencent qu'à partir de la délivrance du titre provisoire. La question ne paraît pas faire doute.

Examinons cependant les conséquences de ce système. La procédure organisée par la loi de 1873 est commencée, on le suppose ; un fonctionnaire français, le commissaire enquêteur, est investi de la mission légale de rechercher quels sont les droits exacts des tenanciers du sol ; l'autorité française en un mot, mise en mouvement par l'arrêté du gouverneur général est là qui travaille à établir la propriété ; le but qu'on poursuit est en outre d'arriver à établir au profit des tenanciers un titre français sur lequel reposera définitivement le droit de propriété. Ne paraît-il pas bien étrange dans ces conditions que la juridiction musulmane reste compétente pour connaître des difficultés contentieuses relatives au droit de propriété ? Sans doute, ni le commissaire enquêteur, ni le service des domaines n'ont qualité pour trancher les différends qui peuvent s'élever ; ils ne sont point investis d'une mission contentieuse et il faut nécessairement recourir aux tribunaux pour vider ces dif-

(1) Alger, 23 décembre 1884 ; Robe, 1885, p. 57.

férends ; c'est là ce que décide avec beaucoup de raison l'arrêt précité du 22 mars 1880 ; sans doute encore, ainsi que l'indique l'arrêt du 22 mars 1876, l'action judiciaire n'est pas entravée par la procédure administrative du commissaire enquêteur ; mais ces considérations ne justifient pas la compétence reconnue aux juridictions musulmanes. Nous ne comprenons pas que le cadi puisse venir contrarier par ses jugements le travail de l'enquêteur, que ces droits que l'autorité administrative française a mis à l'étude, puissent encore être débattus devant une autorité judiciaire non française. Il y a là un disparate choquant. Telle est l'idée principale, mise en avant par les partisans de l'opinion contraire, suivant laquelle il faut placer au début même de la procédure administrative, c'est-à-dire à la date de l'arrêt du gouverneur général ou au plus tard à la date de l'ordonnance du commissaire enquêteur fixant son transport sur les lieux, le passage sous la loi française des immeubles compris dans les territoires désignés. Que si le texte fixe une autre époque c'est, dit-on, qu'il se réfère seulement au contredit contentieux autorisé par l'article 18 et relatif aux titres provisoires ; ce contredit par la force des choses est postérieur à la délivrance du titre à l'encontre duquel il est élevé, voilà pourquoi le texte indique comme point de départ la délivrance du titre ; il ne s'occupe pas des difficultés soulevées, non pas à l'encontre du travail de l'enquêteur, mais entre tenanciers du sol, et les principes disent que ces difficultés doivent échapper à la connaissance de la juridiction musulmane dès l'instant où la procédure administrative a commencé (1).

(1) Voir en ce sens, une note sous l'arrêt du 22 mars 1876, rapporté

Ajoutons que cette doctrine peut revendiquer en sa faveur un arrêt de la Cour d'Alger du 2 avril 1878 (1).

Arrivons à la seconde question que soulève notre paragraphe 3 et demandons-nous quels sont les titres qui, en dehors de ceux prévus par le texte, doivent avoir pour effet de franciser l'immeuble et à quelle époque cette francisation se produit.

La jurisprudence formule sa réponse de la manière suivante : tous les immeubles possédés par des indigènes dont le droit de propriété repose sur un titre français, et le titre français s'entend d'un titre administratif notarié ou judiciaire, sont, *à partir de la promulgation de la loi de 1873*, régis par la loi française et soustraits par suite à la juridiction musulmane. C'est là une règle admise par une longue suite d'arrêts. Voici maintenant comment la jurisprudence motive sa solution.

« Attendu que toutes les parties, (dit un arrêt du 12 janvier 1876 (2),) procèdent en vertu de titres d'acquisition français portant exécution forcée et entraînant nécessairement pour cette exécution et l'exercice des droits pouvant en dériver l'application de la loi française ».

« Considérant, (dit un arrêt plus explicite du 24 juillet 1876 (3),) que les articles 3 et 17 de la loi de 1873 s'opposent à la délivrance de nouveaux titres lorsque les droits de propriété privée sont déjà constatés par des actes notariés ou administratifs ; qu'il résulte de ces textes que la loi française a été applicable dès la pro-

dans le journal de Robe, année 1877, page 183 et une dissertation fortement motivée de M. Robe dans le même journal, année 1877, page 282.

(1) Robe, 1878, p. 135.

(2) Robe, 1876, p. 23.

(3) Robe, 1876, p. 229.

mulgation de la loi de 1873 à toutes les contestations relatives à des droits immobiliers reposant sur des immeubles dont la propriété a été constatée par des actes notariés ou administratifs ».

« Qu'il est de principe (1), que les tribunaux français sont seuls compétents pour apprécier les questions de propriété fondées sur des actes émanés de l'autorité française ; que cette compétence est la conséquence de la souveraineté territoriale et des juridictions française et musulmane ; que les tribunaux musulmans ne peuvent apprécier des droits constatés par des fonctionnaires ou officiers publics sur lesquels ils ne peuvent avoir aucune action et qui agissent dans une sphère étrangère à la leur ; que ces principes ont été appliqués par l'ordonnance du 21 juillet 1846 et l'article 2 de la loi du 26 juillet 1873 ».

« Qu'il suffit d'après l'article 17, loi de 1873 (2), qu'une propriété ait été l'objet d'un acte notarié ou administratif pour rendre inutiles les formalités prescrites par la loi de 1873 et soumettre de plein droit l'immeuble à la loi française ; qu'à plus forte raison cet effet doit être produit par cela seul que l'immeuble a été l'objet d'une décision judiciaire quelconque ».

« Que la jurisprudence en s'appuyant sur le texte et l'esprit des lois spéciales de l'Algérie (3) tend tous les jours à élargir le cercle de cette compétence (il s'agit de la compétence des tribunaux français en matière immobilière) ; que c'est une conséquence de la souveraineté territoriale, de la séparation des juridictions française

(1) Arrêt du 4 janvier 1878 ; Robe, 1878, p. 240.

(2) Alger, 3 février 1878 ; Robe, 1878, p. 323.

(3) Trib. de Constantine, 17 juin 1879 ; Robe, 1879, p. 301.

et musulmane et de la suprématie que le législateur de 1873 a voulu manifestement donner à la juridiction française dans toutes les questions relatives à la propriété immobilière ».

« Attendu en droit (1) que l'Algérie est une terre française ; qu'en principe général toute terre française doit être soumise à la loi française et que toutes les actions réelles dont elle est l'objet sont de la compétence exclusive des tribunaux français sauf les exceptions de droit étroit légalement établies ; que la loi de 1873 consacre ces principes dans son article 1^{er} ; qu'il résulte de cet article que toutes les fois que la propriété a été constituée ou est établie à un titre quelconque, il y a lieu d'appliquer les lois françaises et notamment celles relatives à la compétence immobilière ; qu'il résulte de l'art. 3, § 3, loi de 1873 que tout acte notarié ou administratif est considéré comme un titre régulier pour constater la propriété ; qu'il suffit dès lors qu'un tel acte soit produit pour rendre compétent les tribunaux français ».

« Attendu en droit (2) que la combinaison des articles 1, 2, 3, 17 de la loi de 1873 démontre qu'à partir de sa promulgation et dans tous les territoires, lorsque l'existence de droits de propriété privée a été constatée par acte notarié ou administratif, les immeubles qui en font l'objet ne peuvent plus être transmis contractuellement même entre musulmans que conformément aux lois françaises sans qu'il soit besoin de délivrer des titres nouveaux aux propriétaires investis de ces droits ».

« Considérant (3) que l'opinion suivant laquelle l'ori-

(1) Alger, 2 mai 1881 ; Robe, 1881, p. 278.

(2) Cass., 6 novembre 1882 ; Robe, 1885, p. 307.

(3) Alger, 2 février 1886 ; Robe, 1886, p. 144.

gine domaniale d'un immeuble l'aurait soumis de plein droit à la loi française n'est fondée sur aucune disposition de la loi ; qu'aucun texte de la législation algérienne ne le justifie ; qu'aucune restriction n'a jamais été apportée aux droits des musulmans de traiter entre eux de la transmission de leurs immeubles suivant la loi musulmane quelle que fût l'origine de la propriété ; que la loi de 1873 a consacré ce droit dans toute sa plénitude en soumettant aux lois françaises et à partir de sa promulgation seulement les immeubles dont la propriété a été constatée par application de l'ordonnance du 21 juillet 1846 et dont la propriété repose depuis cette date sur des titres administratifs français ».

Tels sont les considérants les plus remarquables que présentent les monuments de jurisprudence sur la question. On constate d'abord que la loi de 1873 dispense de la délivrance de titres nouveaux les porteurs de titres notariés ou administratifs ; on en conclut que ces titres équivalent aux titres nouveaux de la loi ; qu'ils doivent avoir comme eux la vertu de franciser l'immeuble, de le soustraire à la juridiction musulmane ; on étend par analogie la solution aux titres judiciaires français ; on fortifie l'argumentation d'abord par l'esprit même de la loi de 1873 qui est de soumettre la propriété immobilière, une fois constituée, à la loi française ; on invoque ensuite les principes généraux tirés de la séparation des deux justices et de cette idée que la juridiction musulmane est sans qualité pour apprécier un titre français. Pour fixer en second lieu à la promulgation de la loi de 1873 l'époque où la francisation de l'immeuble se réalise on invoque le texte même de la loi qui adopte très positivement ce point de départ pour les cas qu'elle prévoit et

ici encore on fortifie la solution par les principes généraux du droit algérien antérieurs à la loi : ils réservaient dit-on, aux indigènes leur propre loi même pour les matières immobilières (art. 16, loi du 16 juin 1851).

Le principe suivant lequel un titre français a pour effet de rendre français l'immeuble auquel il s'applique est admis sans réserve ; les arguments donnés par la jurisprudence ne sont pas contestés. On conteste très vivement au contraire le point de départ qu'elle assigne à l'application du principe ; l'on soutient que c'est non pas seulement à compter de la promulgation de la loi de 1873, mais à compter de l'acte français lui-même que l'immeuble se trouve francisé ; on remarque dans cette doctrine que les principes généraux invoqués par la jurisprudence, spécialement dans l'arrêt précité du 4 janvier 1878, s'appliquent avec la même force pour toute la période antérieure à la promulgation de la loi ; ces principes sont, dit-on, absolus ; ils ne sauraient souffrir aucun retard dans leur application et ils doivent conduire à décider que tout immeuble dont le droit de propriété vient à être fixé par un titre français administratif, judiciaire ou notarié, se trouve francisé *pleno jure*, par le seul effet de l'acte, qu'il est désormais et pour toujours soustrait à la loi et à la juridiction musulmanes. A l'argument de texte tiré de ces expressions de la loi de 1873, « seront soumis à la loi française à partir de la promulgation de la présente loi », on répond, ainsi que nous l'avons indiqué déjà sur une controverse précédente, que le législateur statue seulement pour l'avenir et ne touche point au passé.

Cette doctrine paraît bien de nature à faciliter la francisation générale de la terre algérienne, et répondre

ainsi au but poursuivi par le législateur, mais il faut constater qu'elle a contre elle une jurisprudence imposante par le nombre de ses décisions et qui ne paraît pas s'être démentie une seule fois jusqu'à l'arrêt du 6 novembre 1882. Deux arrêts de la 1^{re} Chambre en date des 7 et 14 décembre 1885 (1) avaient bien paru admettre que la francisation de l'immeuble date non pas de la promulgation de la loi de 1873, mais de l'acte même d'où cette francisation résulte. Mais l'esprit de cette dernière jurisprudence paraît hésitant, l'arrêt du 2 février 1886, que nous avons rapporté en dernier lieu, la répudie de la manière la plus formelle, on peut donc dire que la solution qui prévaut à la veille du décret de 1886 est celle qui place à la date de la promulgation de la loi de 1873 le passage sous l'empire des lois françaises des immeubles indigènes. Il s'en faut au surplus que cette question se trouve définitivement tranchée ; nous la retrouverons dans la période suivante.

Une question commune aux divers cas de francisation des immeubles est la suivante : un immeuble est devenu français pour l'une des causes que nous avons étudiées ; cette francisation remonte à une époque plus ou moins éloignée ; les propriétaires actuels, parties contestantes, ont traité en la forme musulmane par acte devant le cadi. On peut discuter sur le mérite de cet acte en tant qu'il s'applique à un immeuble français ; un arrêt d'Alger du 20 mars 1878 (2) décide que le cadi était incompétent pour le dresser. Mais laissant de côté la valeur de l'acte, demandons-nous ce qu'il faut décider au sujet de la compétence. M. Robe est d'avis que le juge

(1) V. Robe, 1886, p. 64 et 308.

(2) Alger, 20 mars 1878 ; Robe, 1878, p. 349.

musulman sera incompétent pour connaître du litige et le motif qu'il donne est péremptoire : sans doute, dit-il, la convention (qui est on le suppose l'acte du cadi) est en la forme musulmane et passée entre musulmans, mais l'immeuble est français d'où la conséquence que si le juge musulman n'est pas incompétent à raison de la convention, il l'est à raison de la matière (1).

Un jugement du tribunal de Constantine en date du 3 février 1880 (2) a consacré cette opinion en décidant que le principe de la compétence des tribunaux français au regard d'un immeuble ayant fait l'objet d'un titre administratif, est applicable alors même que l'acte administratif a été délivré à un propriétaire antérieur et que les parties contestantes ont traité en la forme musulmane par acte devant le cadi.

Il faut conclure de là qu'un immeuble une fois soustrait à la loi musulmane ne saurait retomber à nouveau sous l'empire de cette loi ; il se trouve francisé à toujours, ce caractère est immuable, et il s'en suit que toutes les transactions qui interviendront à l'occasion de cet immeuble seront en tout soumises aux règles des lois françaises quelle que soit la nationalité des parties contractantes, qu'elles soient européennes ou indigènes. Observons que cette solution laisse entière la question ci-dessus de savoir à quel moment précis l'immeuble passe sous la loi française ; elle a seulement cette portée qu'elle n'admet pas que l'immeuble une fois français puisse redevenir musulman. Mais elle apporte un tempérament nécessaire à cette règle rappelée par l'article 16 de la loi du 16 juin 1851, et suivant laquelle les transmis-

(1) Voir note de M. Robe, sous l'arrêt précité du 24 juillet 1876.

(2) Robe, 1880, p. 192.

sions de biens de musulman à musulman sont régies par la loi musulmane ; cette règle ne devra en effet s'entendre que des transmissions de biens encore soumis au statut réel musulman à l'époque du contrat ; quant aux biens déjà entrés à un titre quelconque sous le régime de la loi française, il faudra décider que leur transmission ne peut avoir lieu que dans les formes et avec les conséquences de la loi française. Ce point est très clairement indiqué dans les deux arrêts précités de la Cour d'Alger des 7 et 14 décembre 1885.

Pour en finir avec l'étude de la compétence des juridictions musulmanes en matière immobilière, une dernière question nous reste à examiner.

Nous avons jusqu'à présent admis que dès l'instant où un immeuble est régi par la loi française, toutes les actions réelles relatives à cet immeuble sont de la compétence des tribunaux français. Il y a, avons-nous dit, une corrélation nécessaire entre l'application des lois françaises et la compétence du tribunal français ; on peut conclure de la première à la seconde. C'est là un principe général qui nous a servi de guide dans cette étude de la compétence.

D'après une opinion consacrée par de nombreux arrêts, il y aurait cependant en matière immobilière une exception considérable à ce principe ; il y aurait une certaine catégorie d'actions réelles qui, tout en étant relatives à des immeubles régis par la loi française, seraient de la compétence exclusive de la juridiction musulmane : ce sont les actions en partage et licitation d'immeubles successoraux.

Le texte sur lequel on fonde cette exception est l'article 7 loi du 26 juillet 1873 ainsi conçu : « il n'est point

dérogé par la présente loi au statut personnel ni aux règles de succession des indigènes entre eux ». Voici maintenant comment la jurisprudence en fait dériver l'exception. « Considérant (porte un arrêt de la Cour d'Alger du 28 juin 1876 (1),) que l'article 40 du décret du 31 décembre 1866 attribue compétence aux cadis pour la liquidation et le partage des successions musulmanes ; qu'il ne distingue pas entre les partages amiables et les partages judiciaires ; considérant d'autre part que loin de changer la compétence en matière de succession musulmane la loi de 1873 a expressément maintenu dans son article 7 toutes les règles relatives aux successions ; qu'en organisant la propriété en Algérie la loi a partagé la compétence immobilière en deux branches : d'une part les contrats, actes toujours volontaires attribués aux tribunaux français (art. 1 et 2 loi de 1873) ; de l'autre les successions, événements nécessaires et intimes de la famille indigène réservés aux juges musulmans (art. 7) ; considérant que l'application de la procédure française de licitation aux immeubles arabes entraînerait à bref délai la ruine des familles indigènes ;... qu'en cet état les immeubles des musulmans soumis à la loi de 1873 ressortiront aux tribunaux français quand il s'agira de convention, et aux tribunaux musulmans, quand il s'agira d'une succession musulmane ».

« Considérant, (dit à son tour un arrêt du 31 décembre 1885 (2),) que l'article 7 de la loi du 26 juillet 1873 dispose qu'il n'est pas dérogé par cette loi aux règles des successions des indigènes entre eux ; que cet article est absolu ; qu'il ne réserve pour aucun cas la compétence

(1) Robe, 1876, p. 126.

(2) Alger, 31 décembre 1885 ; Robe, 1886, p. 32.

des tribunaux français en matière de successions musulmanes ».

Les mêmes principes, la même solution se retrouvent dans un arrêt du 6 janvier 1875 (1), dans un autre arrêt du 10 novembre 1885 (2). Nous nous bornons à les mentionner, car ils n'ajoutent rien aux arguments qui précèdent. On se fonde toujours sur ces expressions de l'article 7, « il n'est point dérogé... aux règles des successions », il y a là, dit-on, un principe absolu qui repousse toute distinction : les actions en partage et licitation des immeubles font parties des règles successorales, donc le droit antérieur est maintenu à leur égard, donc ces actions restent de la compétence des juges indigènes, même lorsqu'elles s'appliquent à des immeubles régis par la loi française, dès l'instant où ces immeubles sont compris dans une succession musulmane. On reconnaît qu'il y a là une règle dérogatoire au principe général de la loi de 1873 tel qu'il se révèle dans ses articles 1 et 2, mais cela résulte nécessairement, dit-on, du rapprochement de ces textes et de l'article 7.

Cette solution est repoussée par d'autres arrêts, et notamment par un jugement du tribunal d'Alger du 8 avril 1875 dans lequel nous relevons le principal « attendu » suivant :

« Attendu que l'article 7 (3), ne conserve aux indigènes que le droit de faire régler encore conformément à leurs lois, l'ordre de leurs successions ; que cet article ne vise point la transmission des immeubles ; qu'il ne contient aucune dérogation expresse au principe fonda-

(1) Robe, 1875, p. 276.

(2) Robe, 1885, p. 516.

(3) Trib. Alger, 8 avril 1875 ; Robe, 1875, p. 93.

mental posé en l'article 1^{er} ; qu'il faut dire que, si d'après l'article 7 l'attribution aux parties du prix à provenir des immeubles indivis dont la licitation est demandée doit leur être faite conformément aux droits successoraux qu'elles tiennent de la loi musulmane, d'après l'article 1^{er} c'est suivant les formes de la loi française, c'est-à-dire le mode tracé par notre Code de procédure civile que doivent être poursuivies la licitation de ces immeubles, et en conséquence la liquidation de leur prix et l'établissement des comptes et fruits.

De même un arrêt du 7 décembre 1885 (1) statuant sur une action en licitation d'immeubles français dépendant d'une succession musulmane et introduite par des cohéritiers musulmans contre d'autres cohéritiers statue en ces termes. « Attendu qu'à partir de la promulgation de la loi du 26 juillet 1873 tous les immeubles possédés par des indigènes et dont les droits de propriété reposent sur des titres notariés ou administratifs sont régis par la loi française ; qu'en conséquence les actions relatives aux dits immeubles doivent nécessairement être introduites et jugées suivant les règles du Code civil » ; et l'arrêt fait l'application de cette règle à une action en licitation et partage.

On le voit, le nœud de la difficulté est dans le sens qu'il faut donner à ces mots de l'article 7, « il n'est point dérogé aux règles des successions ». Que faut-il entendre par les règles des successions ? Ces règles ont deux objets distincts ; elles s'occupent principalement de régler la dévolution des biens, de régler leur sort après le décès du propriétaire. Elles s'occupent accessoirement des

(1) Alger, 7 décembre 1885 ; Robe, 1886, p. 19.

personnes, elles disent à quelles personnes les biens passeront, quelles conditions ces personnes devront remplir pour succéder. L'article 7 les comprend-il toutes ? Si oui, il déroge incontestablement aux règles générales sur la compétence car il produira cet effet de maintenir la compétence du cadi même pour celles des règles de successions relatives aux biens, même pour les actions en licitation et partage d'immeubles successoraux qui font partie de ces règles sans distinction entre les immeubles restés musulmans et les immeubles devenus français. Si l'on décide négativement, si l'on restreint l'application de l'article 7 aux règles de la seconde catégorie, à celles relatives à la qualité, à la capacité des héritiers, les actions successorales relatives aux biens échappent à la disposition restrictive de l'article, elles restent sous l'empire de l'article 1^{er} de la loi, d'où cette conséquence que lorsqu'elles s'appliquent à des immeubles français ce n'est plus le cadi, mais le juge français qui est compétent; l'exception disparaît.

Nous retrouverons cette question dans la période suivante ; constatons qu'au point où nous sommes arrivé la jurisprudence paraît hésitante entre les deux systèmes sans qu'on puisse prévoir celui qu'elle adoptera définitivement. Qu'on le remarque en effet : la Cour dans son arrêt précité du 7 décembre 1885 exclut la compétence du cadi en faveur du juge français. Trois semaines plus tard et par arrêt également susvisé du 31 décembre 1885, elle exclut le juge français en faveur du cadi.

Nous terminons ainsi l'étude de la compétence générale de la justice musulmane. Nous devons indiquer maintenant les attributions propres des divers tribu-

naux qui représentent cette justice ; ce sera l'objet de notre deuxième section.

SECTION II

DE LA COMPÉTENCE ET DES ATTRIBUTIONS PROPRES DES DIVERS
TRIBUNAUX INSTITUÉS EN MATIÈRE MUSULMANE.

§ 1. — Système du décret de 1854.

On sait que dans le système du décret de 1854, on trouve les cadis au premier degré, les midjlès au second degré, un Conseil de jurisprudence musulmane destiné à unifier la jurisprudence soit des cadis, soit des midjlès, enfin les tribunaux français quand les indigènes sont d'accord pour les saisir de la connaissance de leurs litiges.

Les cadis ont une compétence générale pour toutes les matières civiles et commerciales entre indigènes musulmans (art. 2 et 24, décret de 1854). Le décret leur conserve en outre la connaissance des infractions spéciales punies seulement par la loi musulmane.

A côté du cadi maleki, il existe un cadi hanefi dans les circonscriptions où le chiffre de la population hanefite le rend nécessaire. Que si dans ces circonscriptions, une contestation s'élève entre hanefites et malekites, elle peut aux termes de l'article 25 être portée devant l'un ou l'autre des deux cadis. En cas de désaccord, le choix du cadi appartient au demandeur. Nous retrouvons ces dispositions dans les décrets de 1859 et de 1866.

On peut se demander pour les circonscriptions où les deux cadis existent, si le cadi de l'un des rites est in-

compétent pour statuer entre indigènes du rite opposé, et dans l'affirmative, de quelle nature est cette incompétence. Sous l'empire du décret de 1859 et par arrêt du 30 avril 1861 (1), la Cour d'Alger a statué en ce sens, qu'à supposer qu'un cadi maleki soit incompétent pour statuer entre hanefites, il n'y a là qu'une incompétence relative et proposable seulement au début de l'instance. Cette solution incontestable se tire de ce double fait que là où il n'existe pas de cadi hanefite, force est bien aux hanefites de s'adresser au cadi malekite, et que selon la loi même, les parties appartenant à des rites différents ont la faculté de porter leurs litiges soit devant l'un, soit devant l'autre cadi. Il semble même, en présence de ces considérations, qu'il faille aller plus loin et dire que cette incompétence d'un cadi malekite au regard des hanefites n'existe pas. Ce serait une simple faculté, non une obligation pour les parties, de s'adresser au cadi de leur rite, et partant, la partie assignée devant l'un des cadis n'aurait pas le droit, même au début de l'instance, d'exiger que l'affaire soit portée devant l'autre cadi. Les textes d'où l'on peut inférer ces solutions restent les mêmes dans nos trois décrets, elles doivent dès lors rester vraies jusqu'à la fin de notre seconde période.

Les cadis jugent en dernier ressort lorsque le chiffre de la demande n'excède pas deux cents francs, ou lorsque le litige ne porte pas sur une question d'état. Dans le cas contraire, les parties peuvent attaquer le jugement des cadis devant les midjlès. « Les jugements rendus par les midjlès » porte l'article 27 *in fine*, « sont

(1) Alger, 30 avril 1861 ; Robe, 1861, p. 149.

souverains et ne peuvent être attaqués devant aucune juridiction ».

Observons qu'aux termes du même article, les cadis peuvent avant de statuer ordonner que l'affaire sera portée devant le midjlès. En ce cas, la décision qui intervient est-elle susceptible d'un recours de la part des parties ? La négative ne nous paraît pas douteuse : l'alinéa final qui pose la règle rapportée ci-dessus ne distingue pas ; et l'on ne comprendrait pas que le midjlès qui a été saisi par le cadi et qui a déjà statué fût appelé à statuer une seconde fois sur le même différend à la réquisition des parties. Le cadi en saisissant d'office le midjlès prive donc les parties d'un degré de juridiction. Il semble qu'il y ait là une « *inelegantia juris* ». Cette anomalie résulte du caractère nouveau et contraire à la tradition, attribué au midjlès par le décret ; elle n'existe pas dans la véritable doctrine musulmane ; le midjlès n'est selon cette doctrine qu'un comité consultatif, il émet un simple avis sur la demande soit du cadi, soit des parties, mais le recours au souverain qui constitue le véritable tribunal d'appel reste toujours ouvert ; on n'arrive pas à ce résultat choquant que le cadi, juridiction du premier degré, puisse par son fait priver les parties de la juridiction d'appel. C'est donc parce qu'il reproduit la tradition musulmane en la faussant que notre article 27 arrive à consacrer ce résultat.

Nous avons déjà indiqué le rôle du conseil de jurisprudence musulmane de 1854 : il a une compétence générale pour statuer sur les questions de jurisprudence musulmane qui lui sont soumises par le gouverneur général (art. 44) ; ses décisions présentent ce caractère remarquable d'être sans influence sur la solution du

litige à propos duquel elles ont pu intervenir, mais d'exercer au contraire une influence nécessaire sur le jugement des procès à venir qui soulèveront le même point de droit ; ce conseil apparaît en définitive, moins comme un tribunal que comme une autorité constituée, chargée de donner une interprétation officielle à la loi musulmane ; ses attributions sont plutôt législatives que judiciaires.

Restent les tribunaux français qui deviennent compétents pour les matières du ressort des tribunaux musulmans par le commun accord des parties pour les saisir. Les tribunaux français doivent en ce cas, aux termes de l'article 28, statuer selon les règles de compétence et les formes de la loi française ; leur compétence et leurs attributions sont donc celles-là même que leur assigne le droit commun de la France ; nous n'avons rien à en dire. Nous avons mentionné, dans l'étude de la compétence générale, la seule règle spéciale en cette matière, et suivant laquelle l'option doit avoir lieu avant que la juridiction musulmane ait été saisie.

Le texte de l'article 28 indique que le consentement des parties résulte de la comparution volontaire devant le tribunal français et de l'acte que le juge saisi doit donner du consentement des parties à procéder devant lui. La jurisprudence ne considère pas le « donné acte », comme une formalité substantielle et décide que l'omission de cette formalité peut valablement être réparée en cause d'appel (1).

(1) Alger, 2 mars 1859 : Robe, 1859, p. 157.

§ 2. — Système du décret de 1859.

Dans le système du décret du 31 décembre 1859 nous retrouvons les cadis comme juges du premier degré ; les midjlès redeviennent de simples comités consultatifs ; ils sont remplacés dans leurs fonctions de tribunaux d'appel par les tribunaux de première instance et par la Cour d'Alger. Les indigènes conservent la faculté de saisir d'un commun accord les tribunaux français de leurs différends. Il n'est plus question du conseil supérieur de jurisprudence musulmane.

Les cadis ont toujours compétence pour connaître, en premier ressort, de toutes les affaires civiles et commerciales entre musulmans, ainsi que des questions d'état. On remarquera pourtant les expressions de l'article 17 : « Sauf les exceptions résultant des articles 1 et 2, les cadis connaissent, etc..... ». Quelles sont ces exceptions ? La seconde nous est connue par le décret précédent ; elle est écrite dans l'article 2, elle résulte du fait par les parties de porter d'un commun accord leur contestation devant le tribunal français. Quant à la première, elle est formulée par l'article 1^{er} aux termes duquel « la déclaration faite dans un acte par les musulmans qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française, entraîne l'application de cette loi et la compétence des tribunaux français » ; il n'y a là qu'une confirmation de cette règle générale, d'après laquelle l'application de la loi française a pour effet de rendre incompétente la juridiction musulmane, qui dans l'espèce est le cadi. Au fond ces deux exceptions, ces deux limitations à la compétence du cadi comme juge du premier degré existaient

déjà dans le décret de 1854, mais il est remarquable que la législation de 1859 en les inscrivant en tête même du décret (art. 1 et 2), en les rappelant au début de l'article 17, semble vouloir leur attribuer une importance qu'elles n'avaient pas. Elles n'apparaissent plus comme une simple faculté donnée incidemment aux indigènes, c'est un droit que l'on proclame en leur faveur et dont on les convie en quelque sorte à faire le plus souvent usage. On peut donc dire que le décret de 1859 tout en maintenant aux cadis, juges du premier degré, leur compétence antérieure, a une tendance manifeste à faire restreindre en fait cette compétence par un exercice souvent répété de la faculté d'option pour la juridiction française.

Il apporte à la compétence des cadis une restriction nouvelle, non plus de fait, mais de droit, dans son article 18 qui pose ainsi la limite du dernier ressort : « Ils connaissent en dernier ressort des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 200 francs de principal, et des actions immobilières jusqu'à 20 francs de revenu déterminé soit en rentes, soit par prix de bail ». Désormais toute action réelle relative à un immeuble dont le revenu dépasse 20 francs ne pourra être jugée qu'en premier ressort, alors même que l'action représenterait par elle-même une valeur inférieure ou au plus égale à 200 francs.

L'article 19 relatif aux midjlès s'exprime ainsi : « dans les trois jours du jugement les parties peuvent réclamer que l'affaire soit examinée de nouveau en assemblée des midjlès constituée d'après les usages musulmans ». Il ne s'agit point d'un appel, mais comme l'indique le texte, d'un nouvel examen de l'affaire ; nous ne sortons

pas du premier degré, la preuve en est que la décision rendue en assemblée de midjlès sera elle-même susceptible d'appel. Nous avons déjà marqué ce changement considérable apporté par le décret de 1859 dans la matière des midjlès ; il rend, avons-nous dit, ces assemblées à leur véritable rôle, c'est un retour à la tradition. Cela résulte du texte même de l'article 19, de l'ensemble du décret et spécialement du rapport qui le précède. C'est un point que plusieurs arrêts ont parfaitement mis en lumière, il est sans difficulté (1).

Il va également de soi que les parties doivent porter leur demande en revision devant le midjlès duquel ressort la circonscription judiciaire de leur domicile ; c'est ce qu'indique l'arrêt précité du 16 octobre 1861.

Un point plus délicat est le suivant : Qu'elle est au juste la portée d'une décision de midjlès d'après le décret de 1859 ? Deux opinions se sont fait jour. Par les arrêts des 16 octobre 1861 et 23 juillet 1863 (2), la Cour d'Alger a décidé que les décisions des midjlès de 1859, contiennent tout à la fois un avis et une décision au premier degré susceptible d'appel devant la Cour ou devant les tribunaux de première instance suivant les cas ; cela résulte, dit la Cour, de ce que le décret de 1859 a rendu aux midjlès leur ancien caractère et de ce que d'après les usages musulmans le midjlès est composé des docteurs de la loi qui ne donnent qu'un simple avis et du *cadi* qui, sur cet avis, rend une décision au premier degré.

Au contraire, d'autres arrêts n'ont plus voulu voir

(1) Voyez notamment : Alger, 16 octobre 1861, Robe, 1861, p. 247.

(2) Alger, 16 octobre 1861 ; Robe, 1861, p. 247 ; Alger, 23 juillet 1863 ; Robe, 1863, p. 189.

dans les midjlès de 1859 que des assemblées de tolbas donnant de simples avis sans aucune valeur judiciaire (1).

Ces arrêts jugent que l'avis émis par le midjlès ne peut en aucun cas infirmer ni réformer les jugements du cadi, ils admettent en même temps que cet avis s'incorpore pour ainsi dire au jugement du cadi et que l'appel relevé contre le premier réagit sur le second.

On voit l'antinomie des deux systèmes et les conséquences diverses qui en résultent : dans le premier système la décision du midjlès est une véritable décision judiciaire au premier degré qui confirme ou infirme la première sentence du cadi, par suite, une partie qui après avoir gagné son procès devant le cadi succombe devant le midjlès, doit nécessairement interjeter appel, sous peine de subir la sentence du midjlès ; au contraire dans le second système, l'avis du midjlès n'a aucun caractère judiciaire et par suite la partie contre laquelle il est donné n'a pas besoin d'en relever appel, si elle a tout d'abord eu gain de cause devant le cadi ; le jugement de ce dernier demeure entier, il n'est pas modifié.

Un point est hors de doute, c'est que le premier système seul est conforme à la tradition musulmane : c'est toujours la décision rendue par le cadi en midjlès qui prévaut et qui se substitue à la première. Toute la question revient donc à savoir si le décret de 1859 a simplement restauré la tradition ou s'il renferme l'innovation que consacre le second système.

L'esprit général du décret, les travaux préparatoires, et spécialement les articles 19 et 31 qui parlent le pre-

(1) V. notamment, Alger, 19 novembre 1862 ; Robe, 1862, 280.

mier de midjlès « constitués d'après les usages musulmans », le second de « la *décision définitive* du midjlès », nous paraissent démontrer que le législateur de 1859 n'a point voulu innover mais simplement suivre la tradition ; nous pensons donc que le premier système mérite d'être adopté. Il faut conclure que d'après l'organisation de 1859 on trouve au premier degré des cadis siégeant seuls, puis des cadis siégeant en assemblée de midjlès, qu'il y a là deux autorités judiciaires distinctes, susceptibles l'une et l'autre de rendre de véritables jugements, que d'ailleurs ces jugements seront au même degré et susceptibles d'appel dans les mêmes cas ; il faut de plus remarquer que leur compétence présente ce double caractère commun de s'étendre à toutes les affaires d'ordre civil entre musulmans et d'être simplement facultative pour les parties : le midjlès est une juridiction facultative puisque rien n'oblige d'y recourir, la juridiction du cadi ne l'est pas moins puisqu'il est, comme nous le verrons plus loin, toujours loisible aux indigènes de leur préférer les tribunaux français.

Nous savons quelles décisions, soit des cadis, soit des midjlès, sont susceptibles d'appel ; voyons maintenant devant quelles juridictions ces appels doivent être portés ; il suffit de lire les articles 22 et 23 du décret ainsi conçus :

Art. 22. — « Les tribunaux de première instance connaissent des jugements rendus en premier ressort par les cadis. Le taux de leur compétence est fixé pour les actions personnelles et mobilières à 1500 francs, et pour les actions immobilières à 150 francs de revenu déterminé soit en rentes, soit par prix de bail. L'appel est porté devant le tribunal de première instance au ressort

duquel se rattache la circonscription judiciaire du cadi qui a rendu le jugement ».

Art. 23. — « La Cour impériale connaît en appel de toutes les questions d'État et des litiges dont la valeur excède la compétence des tribunaux de première instance telle qu'elle est déterminée ci-dessus ».

Ainsi toutes les questions d'état et toutes celles excédant 1.500 ou 150 francs suivant qu'on est en matière mobilière ou immobilière vont en appel à la Cour d'Alger, toutes les autres vont aux tribunaux de première instance du ressort. Nous avons indiqué déjà le but de cette organisation et les avantages qu'elle présente pour le justiciable indigène. On remarquera les caractères tout spéciaux du système consacré par le décret de 1859 : au premier degré, la coexistence des deux juridictions avec faculté pour les parties de faire reviser les décisions de l'une par l'autre sans que cette revision tienne lieu d'appel ; au second degré une double catégorie de tribunaux d'appel, avec obligation pour les parties de saisir les uns ou les autres, suivant le chiffre de l'intérêt qui est en jeu. L'organisation du premier degré est empruntée au droit musulman ; l'organisation du second degré est une création du législateur de 1859.

Les indigènes conservent, avons-nous dit, la faculté de porter leurs litiges devant les tribunaux français ; et leur droit d'option pour ces tribunaux peut s'exercer de deux manières : ou bien au moment de traiter une affaire, ils déclarent dans un acte qu'ils placent leurs conventions sous l'empire de la loi française, et cela entraîne de plein droit la compétence des tribunaux français pour le jugement des contestations que ces conventions pourront faire naître (art. 1^{er} du décret) ; ou bien et sans qu'ils se

soient au préalable placés sous l'égide des lois françaises, ils portent d'un commun accord leur différend, au moment de plaider, devant les tribunaux français, par préférence aux cadis (art. 2). Quelle sera dans ces deux hypothèses la compétence des tribunaux français?

Pour la première il n'y a point de doute, ce sera la compétence de droit commun et les indigènes devront s'adresser suivant les cas soit aux justices de paix, soit aux tribunaux de première instance, soit aux tribunaux de commerce, selon que la matière, d'après le Code de procédure, sera du ressort de l'une ou l'autre de ces juridictions. Les parties, on le suppose, ont formellement déclaré qu'elles plaçaient leurs conventions sous l'empire des lois françaises, le décret n'apporte aucune restriction à la portée de cette déclaration, les règles sur la compétence sont au nombre des lois françaises, elles devront donc s'y conformer.

Reste la seconde hypothèse : ici, l'article semble annoncer des règles spéciales « le tribunal français, y est-il dit, statue selon les règles déterminées par le présent décret ». Mais en lisant la suite du décret, on peut se convaincre qu'aucune règle spéciale n'est posée au point de vue de la compétence pour le cas qui nous occupe. Le livre 2, relatif à cet objet, attribue bien une compétence spéciale aux tribunaux français en tant que juges d'appel des décisions des cadis, mais il est muet sur la compétence de ces tribunaux en tant que juges directs de litiges entre musulmans d'accord pour s'adresser à eux. Il faut conclure que les tribunaux français dans l'exercice de cette seconde mission conservent la compétence que leur assigne le Code de procédure civile, la règle est donc la même que pour la première hypothèse.

Ainsi sous le décret de 1859 comme sous celui de 1854, lorsque les tribunaux français ont été saisis directement et volontairement par les indigènes, ils ne sont investis d'aucune compétence particulière, ce sont purement et simplement les règles du droit commun qui s'appliquent, il suffit de s'y reporter.

Si l'on rapproche maintenant des règles du droit commun, les règles spéciales posées par le décret en matière d'appel, on voit que les tribunaux de première instance connaissent des matières personnelles et mobilières jusqu'à 1.500 francs en tant que juges d'appels musulmans (art. 22, décret de 1859), et aussi jusqu'à 1.500 francs en dernier ressort en tant que juges directs (Loi du 11 avril 1838, art. 1^{er}). Le droit spécial algérien se trouve ici en harmonie avec le droit commun : l'un comme l'autre empêchent que les tribunaux de première instance rendent des décisions souveraines quand l'intérêt du litige excède 1.500 francs. Ces mêmes tribunaux connaissent des matières immobilières en tant que juges des appels musulmans jusqu'à 150 francs de revenu (art. 22, décret de 1859), mais jusqu'à 60 francs seulement en dernier ressort en tant que juges directs (art. 1^{er}, loi du 11 avril 1838) ; le droit spécial se trouve ici en désaccord avec le droit commun : celui-là permet aux tribunaux de première instance de statuer souverainement jusqu'à 150 francs de revenu ; celui-ci n'autorise ces décisions souveraines que jusqu'à 60 francs. Il faut peut-être chercher la raison d'être de cette dérogation dans le désir hautement manifesté par le législateur de 1859 d'éviter le plus souvent possible aux indigènes, qui n'ont pas opté pour notre juridiction, d'aller chercher jusqu'à Alger un juge d'appel. Le législateur

de 1866 animé du même esprit devait avancer plus loin dans cette voie et s'écarter davantage encore du droit commun.

§ 3 — Système du décret de 1866.

Le décret du 13 décembre 1866 remanie à nouveau la justice musulmane : il marque la troisième et dernière transformation de cette justice pour notre période. Rappelons que dans le système de 1866 on trouve au premier degré les cadis avec leurs midjlès consultatifs reconstitués ; au second degré des chambres spéciales dites chambres mixtes établies au sein des divers tribunaux et de la Cour et statuant sur tous les appels entre musulmans avec un conseil supérieur de droit musulman résolvant les questions de droit religieuses ou d'État à lui soumises par la Cour ou par les tribunaux. Les indigènes peuvent comme par le passé porter directement leurs litiges devant les tribunaux français par préférence aux cadis. Mais dans cette hypothèse et par suite d'une innovation fondamentale du décret, le seul tribunal français compétent au premier degré, c'est la justice de paix, avec appel au second degré devant les mêmes juridictions que pour le cas précédent.

Fixons maintenant la compétence respective de ces diverses juridictions.

Rien n'est changé quant à la compétence des cadis : ils connaissent toujours de toutes les contestations civiles et commerciales entre musulmans et des questions d'État. Il est pourtant spécifié (art. 1, décret de 1866) que la loi musulmane régira les contestations de cet ordre entre musulmans indigènes et musulmans étrangers ; on peut induire de là que les cadis sont également com-

pétents dans ce cas, nous ne pensons pas qu'il y ait là une innovation, cette solution devait être donnée déjà sous le décret précédent.

La compétence des cadis continue à recevoir une double limitation résultant, la première de ce que les parties ont placé leur convention sous l'empire des lois françaises, la seconde, de ce que les indigènes au moment de plaider et sans déclaration préalable préférèrent la juridiction française au cadi.

Rien n'est changé, non plus, quant à la limite du dernier ressort : les cadis continuent donc à juger sans appel en matière personnelle et mobilière jusqu'à 200 francs de principal, en matière immobilière jusqu'à 20 francs de revenu ; c'est la règle de l'article 18 du précédent décret, et le décret de 1866 ne touche point à cette règle.

Les midjlès sont maintenus avec leurs attributions antérieures et leur rôle traditionnel de comités consultatifs (art. 19, décret de 1866). Observons qu'avec le nouveau texte que l'article 19, relatif aux midjlès, reçoit du décret de 1866, la difficulté signalée plus haut sur la nature propre des décisions de ces assemblées, ne peut être soulevée ; l'article 19 nouveau porte en effet : « L'avis du midjlès n'est point obligatoire pour le cadi, qui doit seulement le viser avec les motifs dans sa *seconde sentence* et en faire mention en marge de la première ». C'est une seconde sentence qui intervient, sur le pourvoi en midjlès ; le texte consacre très nettement de la sorte la solution que nous avons adoptée, il est exclusif de l'opinion antérieurement suivie par quelques arrêts et suivant laquelle le pourvoi en midjlès aboutissait à l'émission d'un simple avis sans force obligatoire et qui laissait les parties sous l'empire de la sentence

déjà rendue par le cadi. Ajoutons que notre article 19 en précisant que c'est le cadi qui, siégeant en assemblée de midjlès, statue à nouveau sur l'avis de cette assemblée et sans être tenu de s'y conformer, fait revivre les véritables principes du droit musulman ; il semble, pour conclure, que c'est pour les avoir perdus de vue qu'on avait pu soulever sur le point en question une controverse que le droit musulman n'autorise certainement pas.

Venons aux juridictions du second degré. Le décret apporte ici, nous le savons, des modifications essentielles à l'organisation des juridictions d'appel ; il en apporte de non moins profondes dans la fixation de leurs compétences. Le décret a créé des chambres mixtes composées de magistrats français et de magistrats indigènes au sein des tribunaux de première instance et de la Cour d'appel ; il décide que tous les appels entre musulmans devront être portés devant les chambres mixtes, voici maintenant comment il répartit entre les chambres mixtes la connaissance des causes d'appel.

ART. 12. — « Les tribunaux civils d'arrondissement connaissent en appel des jugements rendus par les cadis et par les juges de paix, savoir : pour les actions personnelles et mobilières jusqu'à 2.000 francs de capital, et pour les action immobilières jusqu'à 200 francs de revenu déterminé soit en rentes, soit par prix de bail ».

ART. 23. — « La Cour impériale pour la province d'Alger et le tribunal du chef-lieu de la division pour les provinces de Constantine et d'Oran, connaissent en appel de tous les litiges dont la valeur est indéterminée ou excède le taux indiqué dans l'article précédent. La Cour impériale d'Alger connaît pour l'arrondissement

d'Alger des appels même inférieurs à 2.000 francs. Il en est de même des tribunaux de Constantine et d'Oran, pour leurs arrondissements respectifs ».

La compétence des juridictions d'appel se trouve ainsi modifiée de deux manières : d'une part les tribunaux d'arrondissement (chambre mixte) jugent les appels jusqu'à 2.000 francs de capital ou 200 francs de revenu, tandis qu'ils ne jugeaient auparavant que jusqu'à 1.500 fr., de capital ou 150 francs de revenu ; d'autre part les appels au delà de ces limites, sont portés à la Cour pour la province d'Alger, et pour les provinces de Constantine et d'Oran au tribunal du chef-lieu de chacune d'elles, tandis qu'avant le décret ils allaient tous sans distinction à la Cour d'Alger. Cette double modification s'inspire du même esprit : elle tend à rapprocher autant que possible des justiciables musulmans les juridictions qui doivent statuer sur leurs appels. Cette même pensée jointe à un désir de simplification explique la disposition finale de l'article 23 d'après laquelle : « la Cour impériale d'Alger connaît pour l'arrondissement d'Alger des appels même inférieurs à 2.000 francs ; il en est de même des tribunaux de Constantine et d'Oran pour leurs arrondissements respectifs ».

Aucune difficulté n'existe sur ce défaut d'attributions fixé par le décret entre les diverses juridictions d'appel : il suffit de tenir compte du lieu où se plaide le procès et de la valeur de l'intérêt en litige pour déterminer d'après les règles ci-dessus le juge compétent pour connaître de l'appel. Mais la jurisprudence renferme plusieurs décisions de principe intéressantes sur les pouvoirs généraux qui doivent être reconnus aux Chambres mixtes ou Chambres des appels musulmans ; elles se trouvent

parfaitement résumées dans un arrêt du 28 octobre 1878 (1) qui pose les règles suivantes : 1° le ministère public peut agir par action principale même en matière civile, pour assurer l'exécution des lois et dans un intérêt public d'ordre supérieur (art. 46, loi du 20 avril 1810). Ce droit comporte pour le ministère public la faculté de saisir les juridictions d'appel même quand il n'a pas été partie principale en première instance. Il en est encore ainsi, quand le ministère public ne se trouve pas représenté devant la juridiction du premier degré ; 2° ces principes applicables à l'Algérie conduisent à reconnaître que le ministère public près la Chambre musulmane de la Cour d'Alger aura le droit d'attaquer devant cette chambre des décisions de cadi qui violeraient un intérêt d'ordre public ; 3° Mais la chambre musulmane ne doit connaître que des appels des décisions rendues par les cadis comme juges ; cette compétence ne s'étend pas aux actes qui n'ont pas de caractère litigieux et que le cadi reçoit non plus comme juge mais comme magistrat notaire ; 4° l'incompétence de la chambre musulmane existerait à un autre titre si l'une des parties que ces actes concernent, avait par sa naissance le statut personnel français, l'autre partie fût-elle indigène. Car si la présence d'une partie française ou européenne entraîne la compétence du tribunal français, à l'inverse la présence d'un indigène ne permet pas d'appeler devant la juridiction musulmane la partie qui n'y est point personnellement soumise.

Notons encore un arrêt du 3 janvier 1879 (2) qui renferme la décision suivante : dans le cas où il existe une

(1) Alger, Ch. musulmane, 28 octobre 1878 ; Robe, 1880, p. 193.

(2) Alger, Ch. musulmane, 3 janvier 1879 ; Robe, 1880, p. 288.

contrariété absolue entre deux jugements rendus par deux cadis de provinces différentes et où ces jugements ont acquis chacun l'autorité de la chose jugée, c'est la chambre musulmane de la Cour qui est seule compétente pour statuer sur les difficultés qui naissent de cette contrariété de décisions.

Pour en terminer avec les juridictions du second degré, il nous reste à marquer la compétence propre du Conseil supérieur de droit musulman. Elle est définie par les paragraphes 4, 5 et 6 de l'article 24 ainsi conçus : « Si dans le cours d'une procédure sur appel, les juges estiment que la décision du procès dépend de la solution d'une question de droit touchant à la loi religieuse ou à l'état civil des musulmans, ils doivent d'office ou sur la demande des parties ou de l'une d'elles, soumettre préalablement cette question à la décision du Conseil de droit musulman.... Ne seront considérés à l'égard de ce référé, comme rentrant dans les matières religieuses et d'état, que celles dont suit l'énumération : formes et conditions nécessaires à la validité du mariage, délais légaux de l'*adda* et de l'*istibra* (1), devoirs réciproques des époux, divorce, répudiation, séparation de corps, restitution de la dot si elle est réclamée pour manquement aux devoirs du mariage, filiation, parenté, exercice de la puissance paternelle, adoption, constitution de la tutelle, droits du tuteur sur la personne du mineur, état

(1) L'*adda* est la retraite légale à laquelle la femme est soumise à la dissolution du mariage ; elle est de trois mois en cas de répudiation, de quatre mois et dix jours en cas de décès du mari. L'*istibra* n'est autre que l'*adda* des relations illégitimes entre gens non mariés. On peut remarquer que la loi musulmane se montre sur ce point plus prévoyante que la nôtre qui n'a jamais prévu pareille hypothèse. (M. Zeys, *Les Juges de Paix algériens*.)

de majorité ou de minorité des parties, demandes d'interdiction ou de mise en surveillance, capacité pour succéder résultant des liens de famille ou d'affinité, capacité pour disposer ou recevoir en matière de donations ou testaments. Le référé au Conseil de droit musulman dans les cas qui viennent d'être spécifiés portera exclusivement sur le point de droit posé par la Cour ou le tribunal et sera visé sans procédure, sans l'intervention des parties, sans frais et dans un délai qui ne pourra excéder le mois. La réponse du Conseil devra être motivée et se renfermer dans la question. Le juge du fond s'y conformera et la visera dans son arrêt ou jugement ».

Ce texte très clair ne soulève aucune difficulté. Deux arrêts de la Cour des 8 juin et 17 février 1868 (1), ne font que consacrer les principes énoncés par le texte : le premier arrêt décide que pour toute question de droit touchant à la loi religieuse ou à l'état civil des musulmans, les tribunaux doivent en référer au Conseil de droit musulman, se conformer à sa réponse et la viser dans leur jugement, le second formule le même principe pour une question de répudiation et de divorce.

Observons que c'est toujours en cause d'appel que le Conseil de droit musulman est consulté ; on se souvient en effet du principe de son institution : il a été créé pour donner satisfaction à ce vœu des indigènes qui réclamaient pour les matières religieuses et d'état civil une juridiction d'appel exclusivement musulmane ; l'instance au premier degré se déroule devant une juridiction exclusivement musulmane, qui est le *cadi*, le référé au Conseil n'existera donc pas.

(1) Alger, 8 juin 1868 ; Robe, 1869, p. 52. Alger, 17 février 1868 ; Robe, 1868, p. 121.

Voyons maintenant l'autre juridiction du premier degré qui est offerte aux musulmans lorsque ceux-ci en vertu des articles 1 et 2 du décret ont manifesté l'intention de soumettre leurs contestations à la juridiction française. Ici encore le décret de 1866 renferme une innovation considérable : il décide que c'est toujours au juge de paix que les musulmans devront s'adresser ; il attribue au juge de paix une compétence générale pour juger au premier degré toutes contestations entre musulmans qui optent pour la justice française. Déjà au second degré et en tant que juges des appels entre musulmans on avait investi les tribunaux français d'une compétence plus large que celle du droit commun, nous l'avons constaté ; on persévère dans cette voie et toujours dans ce même but de mettre nos prétoires français bien à la portée des indigènes, on décide à présent que, au premier degré ils pourront toujours s'adresser au juge de paix. Quelle est donc dans ce système la compétence exacte du juge de paix ? Elle se mesure exactement sur celle des cadis, on remplace l'un par l'autre sans changer la compétence, c'est ce que dit l'article 2 du décret.

Ce n'est point une simple faculté qu'on offre aux indigènes, c'est une obligation qu'on leur impose : dès l'instant qu'ils optent pour la juridiction française, soit implicitement, en plaçant dès l'origine leurs conventions sous la loi française (art. 1), soit expressément et d'un commun accord, au moment de plaider (art. 2), ils doivent porter leur différend devant le juge de paix ; le tribunal civil est devenu incompétent depuis le décret de 1866 et il s'agit là d'une incompétence *ratione materie* d'une incompétence d'ordre public, que la juridiction

supérieure saisie par l'appel de l'une des parties peut relever d'office. Tout cela résulte de l'article 2 du décret éclairé par les principes généraux du droit et c'est ce que proclament dans les termes les plus formels trois arrêts de la Cour d'Alger rendus aux dates des 6 janvier 1877, 12 février 1878 et 24 novembre 1877 (1).

Cette parité de situation établie entre les juges de paix et les cadis se retrouve jusque dans les juridictions qui doivent connaître de l'appel de leurs sentences. « L'appel des jugements rendus en pareils cas par les juges de paix, est porté devant les tribunaux civils ou devant la Cour Impériale » (article 2, dernier alinéa du décret) et la suite du texte montre qu'ils en connaissent dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles que lorsqu'il s'agit d'une décision de cadi.

L'appel d'un jugement de juge de paix — dit un jugement du tribunal d'Alger du 24 janvier 1878 qui statue sur un cas de matière mobilière entre musulmans (2) — doit être porté devant le tribunal d'appel musulman et non devant la juridiction de droit commun.

A son tour, la Cour de cassation dans son arrêt du 6 novembre 1882 (3) constate que le décret de 1866 attribue juridiction aux chambres mixtes qu'il institue par son article 24 pour le cas d'appel des sentences des cadis *et des juges de paix statuant en matière musulmane*.

Le même arrêt de cassation admet une exception à la règle : il décide que l'article 24 qui détermine la composition particulière des chambres des tribunaux et cours

(1) Alger, 6 janvier 1877 ; Robe, 1877, p. 113 ; Alger, 12 février 1878 ; Robe, 1878, p. 80 ; Alger, 24 novembre 1877 ; Robe, 1878, p. 246.

(2) Tribunal d'Alger, 24 janvier 1878 ; Robe, 1878, p. 351.

(3) Cass., 6 novembre 1882 ; Robe, 1883, p. 96.

appelés à prononcer sur les sentences rendues entre musulmans, cesse d'être applicable lorsque les parties ont, d'un commun accord, choisi les tribunaux composés uniquement de magistrats français.

Les conventions font la loi des parties et elles doivent d'autant mieux être respectées ici qu'elles se réclament du droit commun. Il faut supposer d'ailleurs que la convention dont il s'agit est intervenue préalablement à toute instance, qu'elle est par exemple une clause de l'acte prévu à l'article 1 par lequel les musulmans se placent par avance sous l'empire des lois françaises ; mais s'ils ont saisi d'un commun accord le juge de paix, sans convention préalable, nous pensons qu'ils ne pourraient au cours de l'instance valablement convenir de porter l'appel devant la juridiction de droit commun et non devant la chambre mixte. Ce serait troubler l'ordre naturel des juridictions auxquelles ils se sont adressés, cet ordre est au-dessus et en dehors de la volonté des parties. Le jugement précité du tribunal d'Alger du 24 janvier 1878 implique d'ailleurs cette solution.

Nous terminerons par une observation. Il ressort de l'ensemble des décrets sur la justice musulmane que nous avons rencontrés jusqu'ici, que les tribunaux français se trouvent mis à la disposition des indigènes musulmans de deux manières : ou bien on leur laisse leur compétence et leurs attributions propres, telles qu'elles résultent du Code de procédure civile, et l'on se contente de dire que les indigènes auront sous certaines conditions la faculté de s'adresser à ces tribunaux par préférence aux juridictions musulmanes ; dans ce premier cas, les tribunaux français restent tribunaux français de droit commun alors même qu'ils jugent des indigènes

musulmans ; — ou bien au contraire les décrets font entrer les tribunaux français dans la hiérarchie des juridictions musulmanes, proprement dites ; ils les investissent d'un rôle propre dans l'administration de la justice musulmane ; et cette fois alors, pour les mettre mieux à la portée des indigènes, pour les rendre plus aptes à jouer le rôle qui leur est dévolu, on pose pour eux des règles spéciales, dérogatoires au droit commun du Code de procédure civile ; on modifie leur compétence, on modifie même leur organisation ; ici, ils ne sont plus des tribunaux français de droit commun, ce sont suivant la terminologie que nous indiquions au début de ce chapitre, des tribunaux français siégeant en matière musulmane.

Tous les tribunaux français, sans exception, dans le système de 1854 et ceux du premier degré dans le système de 1859, rentrent dans le premier cas ; les tribunaux français du second degré (tribunaux de première instance et Cour d'Alger) dans le système de 1859, et les tribunaux français soit du premier (juges de paix) soit du second degré (tribunaux de première instance et Cour d'Alger) dans le système de 1866 rentrent dans le second cas. A ces derniers tribunaux seuls il conviendra d'appliquer le qualificatif de tribunaux « siégeant en matière musulmane » ; il faut donc se garder, et c'est là que nous voulions en venir, d'appliquer cette terminologie sans distinction aux tribunaux français appelés à juger des indigènes musulmans.

Nous aurons l'occasion dans l'étude des décrets postérieurs de faire appel à ces idées pour éviter toute confusion.

CHAPITRE III

DE LA PROCÉDURE, DE L'EXÉCUTION, DES VOIES DE RECOURS.

Nous commencerons par indiquer rapidement les principales règles posées par les décrets. Nous examinerons ensuite plusieurs questions soulevées dans la pratique à l'occasion de ces règles, et qui ont donné lieu à des débats intéressants.

SECTION I

RÈGLES POSÉES PAR LES DÉCRETS.

1^o Décret du 1^{er} octobre 1854.

Le décret du 1^{er} octobre 1854 organise une justice indigène complètement indépendante ; il crée une hiérarchie de tribunaux musulmans dans laquelle les juridictions françaises n'apparaissent pas ; il reconnaît d'autre part aux indigènes la faculté de s'adresser aux tribunaux français.

Il n'y a sur ce dernier cas rien de particulier à noter au sujet de la procédure. Les tribunaux français auxquels s'adressent les indigènes procèdent selon le droit commun. C'est ce que nous dit l'article 28 aux termes duquel « ils statuent selon les règles de compétence et les formes de la loi française ».

Quelles sont maintenant les formes de procéder devant la justice indigène ? L'idée générale à donner c'est qu'on se conforme aux usages musulmans, les règles sont posées par les titres 4 à 7 du livre I du décret.

Le titre 4 (art. 30 à 32) est relatif aux ajournements, à la comparution des parties, aux débats et à la police de l'audience, il suffit de s'y reporter.

Le titre 5 intitulé « des jugements » s'occupe du prononcé, de la rédaction, de l'expédition des jugements ; il prescrit leur inscription sur des registres spéciaux. Le rapport fait valoir que de la sorte la trace des jugements ne pourra plus se perdre et que les cadis, fussent-ils tentés de ne pas rendre à l'une des parties bonne justice, y seront forcés par la crainte de voir facilement constater leur prévarication.

L'expédition des jugements était autrefois rédigée sans aucun soin ; on exige à présent (art. 35) qu'elle contienne outre les noms, qualités et domicile des parties l'explication du point de fait, les dires des parties, les motifs et le dispositif du jugement ainsi que la date.

Le titre 6 s'occupe de « la revision des jugements en assemblée de midjlès » ; la demande en revision qui constitue on le sait un véritable appel, doit être formée dans le mois qui suit la date du jugement attaqué (art. 36). Elle est reçue par le bachadel du cadi qui a rendu le jugement et transmise au bachadel de l'assemblée (art. 37). Ce tribunal doit statuer dans les deux mois à partir de l'inscription sur son rôle (art. 38).

Le titre 7 a trait à l'exécution des jugements : l'article 39, nous dit que cette exécution a lieu d'après les règles en vigueur ; l'article 40 exige que tout jugement

musulman soit revêtu de la même formule exécutoire que les jugements français. Cette similitude dans la formule d'exécution marque l'origine commune des deux justices ; elles ne sont, nous dit le rapport dans un langage imagé, que deux courants partant d'une même source.

2^e Décret du 31 décembre 1859.

Le décret du 31 décembre 1859 vient briser l'autonomie de la justice indigène ; il attribue la connaissance des appels musulmans aux tribunaux français. Il maintient pour les indigènes la faculté de s'adresser directement à ces tribunaux.

Dans ce dernier cas encore il n'y a rien à noter au sujet de la procédure. Le décret organise à la vérité quelques formes spéciales de procéder devant les tribunaux français, mais toutes sont relatives au cas où ces tribunaux fonctionnent comme tribunaux d'appel musulmans. Il faut conclure que dans notre hypothèse, c'est-à-dire lorsque les indigènes portent directement et d'un commun accord leurs différends devant eux, c'est le Code de procédure civile qui s'applique sans modification.

Cette solution va d'elle-même lorsque c'est la loi française qui s'applique au fond du débat, mais quand il s'agit d'appliquer la loi musulmane, — et le cas peut se présenter puisque, nous l'avons vu, le fait par un indigène d'opter pour la juridiction française n'emporte pas nécessairement sa soumission à notre loi, — faut-il dire encore que c'est la procédure française qui doit être appliquée ? Ne va-t-il pas y avoir là une antinomie entre le fond et la forme du débat, celui-là régi par le

droit musulman, celle-ci par la loi française? Sera-t-il toujours possible de plier à nos formes de procédure des droits qui procèdent de la loi coranique? Nous ne faisons qu'indiquer la question. Elle ne paraît pas avoir été soulevée dans la pratique. En fait, les tribunaux français n'ont guère dû hésiter à simplifier les formes et à suivre la procédure édictée par le décret pour les tribunaux indigènes.

Venons aux formes de procéder devant ces tribunaux : au premier degré, c'est le cadi avec les midjlès constitués d'après les usages musulmans. Le décret entend toujours conserver la procédure musulmane ; c'est ce que nous dit l'article 25. Cet article annonce quelques modifications introduites par le décret. Elles sont relatives aux audiences des cadis (art. 26 et 27), à la rédaction de leurs jugements (art. 28 et 29) ; il suffit de renvoyer à ces dispositions.

Voici maintenant les règles de procédure relatives au pourvoi en midjlès. Avant d'interjeter appel les Arabes peuvent (art. 31), dans les trois jours de la sentence du cadi réclamer que l'affaire soit examinée de nouveau en assemblée de midjlès. La nouvelle décision doit être rendue dans la quinzaine et le délai d'appel ne court que du jour de cette dernière sentence.

Au second degré apparaissent les tribunaux français suivant les distinctions que nous avons faites dans le précédent chapitre. On oblige ici les indigènes à recourir à nos tribunaux pour vider leurs appels ; il s'agit de leur rendre ce recours facile, peu coûteux et dégagé de toutes les lenteurs de procédure qui seraient pour eux insupportables, — Un mois est accordé pour interjeter appel du jugement du cadi (art. 30). — Les seules formes

à suivre consistent dans une déclaration faite devant l'adel du cadi qui l'enregistre, donne récépissé de la déclaration et est tenu dans les 48 heures d'en adresser copie au ministère public et d'en donner avis à la partie adverse (art. 32). Le magistrat du parquet est chargé de réclamer des parties leurs moyens de défense (art. 33). Le président désigne un juge rapporteur pour l'affaire qui vient à bref délai ; l'intervention des défenseurs n'est pas obligatoire, mais le ministère public est toujours entendu (art. 34, 35). Aucun recours n'est possible contre le jugement définitif. En ce qui concerne l'exécution des jugements l'article 38 nous dit « qu'ils seront exécutés selon les voies actuellement en vigueur ».

3^e Décret du 13 décembre 1866.

Le décret du 13 décembre 1866 maintient au premier degré les cadis avec leurs midjlès consultatifs reconstitués ; si les indigènes préfèrent la justice française ils doivent s'adresser en tous les cas au juge de paix ; au second degré nous trouvons les chambres mixtes des cours et des tribunaux avec le Conseil supérieur de droit musulman.

Procédure devant le cadi. On maintient le principe de 1859 qui consiste à suivre pour cette procédure la loi musulmane ; mais on ne se contente plus d'énoncer le principe, on formule dans des règles précises cette procédure musulmane ; nous renvoyons au texte de l'article 25.

Procédure devant le juge de paix. La procédure à suivre est celle tracée par la loi française sauf pour l'appel qui devra être formé par simple déclaration au greffe de la justice de paix, et ce dans le délai d'un mois à

partir du jour de la signification du jugement à personne ou à domicile (art. 2).

Procédure devant la juridiction d'appel. Le décret de 1866 s'approprie la procédure ci-dessus analysée du décret de 1859, il y apporte seulement quelques modifications et additions conseillées par l'expérience et jugées utiles. Elles sont principalement contenues dans les articles 32 à 35 auxquels nous renvoyons.

Exécution des décisions de justice. Ici, comme précédemment on cherche à préciser la portée de ce principe posé par le décret de 1859, que l'exécution se poursuit selon les voies en vigueur. Pour les jugements des cadis on admet que ce sont les cadis eux-mêmes qui exécutent leurs propres décisions, sans intervention d'officiers ministériels. On les autorise dans les cas d'urgence et à charge de donner caution, à ordonner l'exécution provisoire de leurs sentences (art. 38, § 1). — Pour les jugements rendus par les juges de paix on décide que l'exécution aura lieu en la forme musulmane par les soins d'un cadi que désignera le procureur impérial et, autant que possible, sur un simple extrait envoyé par le juge de paix au cadi désigné (art. 2, § 1, *in fine*). — Enfin pour les arrêts et jugements rendus sur appel, l'exécution a lieu par un cadi désigné par l'arrêt ou le jugement, en la même forme que pour l'exécution des sentences de cadis. Ici encore l'exécution peut avoir lieu sur un simple extrait envoyé sans frais par le ministère public au cadi désigné, sauf aux parties à se faire délivrer, à leurs frais, une expédition entière (art. 38, §§ 3 et 4).

SECTION II

DE QUELQUES DIFFICULTÉS EXAMINÉES PAR LA JURISPRUDENCE.

Tels sont les textes en matière de procédure, de jugement et d'exécution ; ils ont donné lieu à plusieurs controverses sur lesquelles la jurisprudence s'est prononcée ; examinons-les : elles sont relatives aux voies de recours (appel, pourvoi en cassation, requête civile), à la chose jugée, à l'exécution.

1^o Appel.

La législation relative à l'appel est, on l'a vu, assez compliquée : primitivement c'étaient les midjlès qui jugeaient ; depuis 1859 ce sont les tribunaux français, et les indigènes doivent s'adresser tantôt à la Cour, tantôt aux tribunaux du ressort, suivant des règles qui ont varié avec les décrets ; un délai leur est imposé ; il est généralement de 30 jours, à compter du prononcé, mais le point de départ est reculé jusqu'à la décision du midjlès, en cas de pourvoi devant cette juridiction ; il ne commence à courir dans d'autres cas qu'à compter de la signification ou même d'une époque postérieure si l'intéressé est absent pour fait de guerre au service de la France (1).

Il y a là des règles multiples et dont l'observation stricte présente de grandes difficultés pour les indigènes ; la jurisprudence l'a bien compris et elle a une tendance marquée à passer outre en cette matière, à certai-

(1) Voir articles 30 et 31. Décret 1859, modifiés par Décret 1866.

nes nullités qui pourraient être tirées de la lettre même des décrets.

Un arrêt du 20 mars 1861 (1) décide qu'à compter du jour où le décret du 31 décembre 1859 est devenu exécutoire aux termes de son article 60 (cet article exigeait la publication du décret dans les deux langues française et arabe), l'appel d'une sentence de cadi, même rendue antérieurement à cette date, a dû être interjeté devant la juridiction française indiquée par ce décret. Il n'y a là qu'une application des principes généraux : la procédure à suivre pour faire valoir un droit est toujours soumise à la loi en vigueur à l'époque où l'action est intentée.

Un autre arrêt du même jour (2), relatif au droit d'évocation de la juridiction d'appel, décide que la Cour, en infirmant une décision de cadi pour cause d'incompétence, (il s'agit dans l'espèce d'une incompétence tirée de ce que le domaine français, c'est-à-dire un non musulman était partie intéressée en première instance) a le droit d'évoquer le fond, si le litige est en définitive de la compétence de la Cour par sa nature ; il suffit, dit l'arrêt, de reconnaître que la Cour serait compétente pour juger l'appel du jugement supposé compétemment rendu. L'arrêt se fonde sur l'article 36 du décret de 1859, qui autorise les tribunaux d'appel à évoquer « quand ils infirment pour vice de forme ou toute autre cause des jugements définitifs ». On donne en droit commun la même solution sur l'article 473 du Code de procédure civile, relatif au droit d'évocation, et dont l'article 36 précité n'est que la reproduction.

Sur l'appel incident on trouve la décision suivante :

(1) Alger, 20 mars 1861 ; Robe, 1861, p. 116.

(2) Alger, 20 mars 1861 ; Robe, 1861, p. 72.

aux termes du décret du 13 décembre 1866 (art. 35, § 2) l'intimé a le droit de former appel incident devant le magistrat rapporteur ; il faut aussi lui reconnaître le droit de former cet appel par des conclusions prises devant la Cour, alors même que l'appelant principal se serait désisté de son appel si la Cour n'a pas encore donné acte de ce désistement (1). Ici encore la déchéance de l'arrêt paraît conforme aux principes généraux suivant lesquels (art. 443, C. pr. civ.) l'appel incident peut être formé en tout état de cause.

Un arrêt du 22 février 1869 pose nettement le principe de la suspension des délais d'appel par le pourvoi des parties devant le *midjlès* : « Considérant, dit l'arrêt, (2) que le pourvoi précédemment formé par l'appelant actuel devant le *midjlès* a suspendu en sa faveur les délais de l'appel et que, du moment qu'il se désiste de ce pourvoi et déclare en même temps interjeter appel, cet appel dont le délai n'aurait dû courir qu'à partir de la décision du *midjlès*, si elle fût intervenue, et ne court qu'à dater de ce jour où il y a désistement du pourvoi en *midjlès*, se trouve avoir été relevé dans les délais de la loi ; que dès lors il est recevable ». Il y a là un raisonnement très rigoureux qui est basé sur une stricte interprétation des textes des décrets (art. 31, D. 1859 et D. 1866).

Mais la jurisprudence de la Cour paraît attribuer au pourvoi du *midjlès* un effet plus large qui consisterait non pas seulement à suspendre le délai de l'appel, mais à saisir implicitement de l'appel la juridiction du second degré : l'une des parties perd son procès devant le *cadi*, elle se pourvoit dans les délais légaux devant le

(1) Alger, 27 juin 1881 ; Robe, 1882, p. 255.

(2) Alger, 22 février 1869 ; Robe, 1869, p. 17.

midjlès qui lui donne gain de cause; l'autre partie frappe alors la décision du midjlès d'un appel devant la Cour; en cet état, la Cour décide (1) que le midjlès ne forme pas un second degré de juridiction, que d'autre part le pourvoi du midjlès formé dans le délai légal doit être considéré comme tenant lieu d'un appel régulier devant les tribunaux français et elle en tire cette conséquence qu'il y a lieu de considérer la Cour comme étant valablement saisie *et de tenir pour appellant au procès la partie perdante devant le cadî qui s'était pourvue en midjlès*.

C'était un droit pour les parties en cause de soumettre le litige à la Cour après avoir pris l'avis du midjlès; les errements suivis paraissent sans doute irréguliers, mais l'arrêt, sans trop s'y attacher, déclare la Cour valablement saisie; il s'attache à ce qu'ont voulu faire les parties, plutôt qu'à ce qu'elles ont fait dans la réalité; nous trouvons là une première marque de cet esprit libéral de la jurisprudence au regard des erreurs procédurières que peuvent commettre les indigènes.

Un nouvel arrêt du 10 février 1868, affirme de nouveau cette équivalence à l'appel du référé au midjlès. « Attendu, dit cet arrêt (2), qu'il est de jurisprudence que le pourvoi en midjlès équivaut à l'appel pouvant ou devant être suivi devant la juridiction française. »

Un arrêt postérieur du 6 avril 1868, apporte un tempérament nécessaire au principe (3) :

« Attendu, y est-il dit, que s'il est de principe que le recours au midjlès équivaut à un appel, et le cas échéant,

(1) Alger, 19 novembre 1862; Robe, 1862, p. 280.

(2) Alger, 10 février 1868; Robe, 1869, p. 49.

(3) Alger, 6 avril 1868; Robe, 1869, p. 51.

devant la juridiction française il faut admettre que cette dernière juridiction devra être saisie par l'appelant sans délai et dès l'émission de l'avis du midjlès ». Dans l'espèce, quatre années s'étaient écoulées depuis ; la Cour rejette l'appel pour ce motif.

En résumé la doctrine admise sur ce point paraît être celle-ci : quand l'une des parties s'est régulièrement pourvue en midjlès, si en fait et après l'avis du midjlès la Cour se trouve saisie de l'affaire, elle doit statuer sans s'attacher à la lettre même de l'acte qui l'a saisie, et en tenant pour un appel régulier le pourvoi en midjlès qui a précédé.

Le même esprit se retrouve dans un arrêt du 11 mars 1861 qui statue sur un cas distinct mais voisin du précédent : un appel est interjeté expressément devant le tribunal de première instance alors que, en raison de la nature de l'affaire, il eût dû l'être devant la Cour, d'après le système du décret de 1859 ; en fait c'est la Cour qui est saisie ; l'arrêt décide (1) qu'il y a lieu de passer outre à l'erreur de la partie dans le libellé de l'acte d'appel et de déclarer l'appel recevable, attendu que cette erreur n'a pu causer aucun préjudice à l'intimé.

On peut citer encore dans le même sens un arrêt du 4 avril 1881. On sait qu'en matière musulmane le délai d'appel pour les jugements rendus par les cadis est de trente jours s'il est constant que l'appelant a assisté au prononcé (art. 30, Dec. de 1866). Cependant l'arrêt précité décide (2) qu'il y a lieu de relever l'appelant de la rigueur du délai et de déclarer son appel recevable quoique tardif, s'il a dans le délai témoigné d'une manière

(1) Alger, 11 mars 1861 ; Robe, 1861, p. 61.

(2) Alger, 4 avril 1881 ; Robe, 1882, p. 308.

certaine son intention de faire appel, par exemple en demandant l'expédition d'un acte notarié nécessaire à sa défense.

2^o Recours en cassation, requête civile.

Après avoir parlé de l'appel qui constitue la voie de recours ordinaire contre les jugements, disons quelques mots des voies de recours extraordinaires qui ont donné lieu à quelques difficultés.

Au nombre de ces voies de recours, il en est une qui est formellement proscrite en matière musulmane, c'est le recours en cassation :

Les textes sont formels (1), et la jurisprudence est très ferme sur ce point (2).

Que faut-il décider pour la requête civile ? Les textes susvisés n'en parlent point, cependant un premier jugement du tribunal d'Oran en date du 1^{er} juillet 1880 (3), a cru pouvoir inférer de ces textes que les jugements sur appel rendus en matière musulmane n'étaient susceptibles d'aucune voie de recours et ne pouvaient par suite être attaqués par la requête civile. Mais on a très vivement combattu cette doctrine et l'on a soutenu avec beaucoup de force que les articles visés s'appliquaient uniquement au recours en cassation, que ces articles, créant un droit exceptionnel, doivent recevoir une interprétation étroite et que par suite il faut se garder de les étendre aux autres voies de recours extraordinaires (4) ;

(1) Art. 37, D. de 1859 et art. 37, D. 1866.

(2) Cass., 7 août 1878 ; Robe, 1878, p. 234 ; Alger, 11 mars 1884 ; Robe, 1886, p. 243 ; Alger, 17 mars 1886 ; p. 297.

(3) Oran, 1^{er} juillet 1880 ; Robe, 1880, p. 265.

(4) V. en ce sens une dissertation de M. H. Hugues conseiller à la Cour d'Alger, rapportée dans le journal de Robe, année 1881, p. 5.

et la Cour est venue se ranger à l'opinion soutenue par l'un de ses membres :

Un arrêt du 11 mars 1884 (1) admet implicitement l'admissibilité de la requête civile en matière musulmane ; un arrêt postérieur du 17 mars 1886 (2), entre franchement dans cette voie et décide que les articles 37 des décrets de 1859 et de 1866 doivent être interprétés en ce sens qu'ils sont prohibitifs du recours en cassation mais non de la requête civile.

3^e Chose jugée.

Nous avons dit déjà en traitant de l'organisation judiciaire d'avant la conquête que la chose jugée n'existait pas en droit musulman ; que les plaideurs pouvaient porter successivement le même différend devant plusieurs cadis ; c'est là, avons-nous remarqué, un état de choses bien extraordinaire et qui semble être la négation de tout pouvoir judiciaire ; les arrêts sont cependant d'accord pour admettre qu'il en était ainsi. Comment maintenant la chose jugée a-t-elle été introduite en droit musulman depuis la conquête ? C'est un point sur lequel les arrêts de la Cour ne semblent pas avoir toujours eu une théorie conforme.

Un premier arrêt du 16 octobre 1861 (3) tout en reconnaissant que la chose jugée n'existait pas dans les usages musulmans estime qu'elle y a été introduite par les décrets du 1^{er} octobre 1854 et du 31 décembre 1859 ; l'arrêt paraît se fonder sur ce que les décrets ont établi des circonscriptions judiciaires bien déterminées et ré-

(1) Alger, 11 mars 1884 ; Robe, 1886, p. 243.

(2) Alger, 17 mars 1886 ; Robe, 1886, p. 297.

(3) Alger, 16 octobre 1861 ; Robe, 1861, p. 247.

glementé le droit des parties autrefois sans limite de faire reviser les sentences des cadis.

Un second arrêt du 25 novembre 1862 (1) décide de même, qu'antérieurement au décret du 1^{er} octobre 1854, les jugements de cadis ne pouvaient acquérir l'autorité de la chose jugée ; il en tire cette conséquence qu'une décision de cadi antérieure à ce décret a pu être valablement frappée d'appel devant la juridiction supérieure depuis le décret et cela sans aucune condition de délai.

Le point de départ assigné à l'introduction de la chose jugée n'échappe pas à la critique : dès avant le décret de 1854, les ordonnances des 28 février 1841 et 26 septembre 1842 avaient édicté que les sentences des cadis seraient, dans les conditions qu'elles précisent, susceptibles d'appel devant la Cour et l'on a soutenu que ces ordonnances avaient par là même introduit dans la pratique musulmane le principe de l'autorité de la chose jugée ; l'on peut refaire sur les ordonnances le raisonnement qu'on fonde sur l'économie générale des décrets ; pourquoi dès lors attribuer à ceux-ci une portée qu'on refuserait à celles-là ? C'est à cette opinion qu'est venu se ranger un arrêt du 25 mai 1863 (2). Il reconnaît qu'en déférant à la Cour d'Alger l'appel des décisions des cadis, les ordonnances ont virtuellement reconnu que celles contre lesquelles cette voie de recours n'avait pas été exercée, avaient un caractère définitif.

Quel que soit le point de départ adopté, la conséquence logique à en tirer paraît bien être celle admise par l'arrêt précité du 25 novembre 1862 ; un jugement du tribu-

(1) Alger, 25 novembre 1862 ; Robe, 1862, p. 302.

(2) Alger, 25 mai 1863 ; Robe, 1863, p. 132.

nal d'Alger du 31 décembre 1863 l'a cependant repoussée (1). Il reconnaît le décret de 1854 comme étant l'acte introductif de la chose jugée ; mais il juge en outre que les parties condamnées par des décisions de cadis ou de midjlès antérieures, ayant eu la faculté de relever appel dans le délai d'un mois à partir de la promulgation du dit décret, il s'en suit que celles de ces décisions qui n'ont pas été ainsi attaquées sont devenues définitives.

« Attendu, est-il dit, que dès ce moment (il s'agit du décret de 1854) l'appel était ouvert contre toutes les décisions qui avaient pu être rendues précédemment, et qui n'étaient pas devenues définitives ».

On voit la divergence des deux systèmes : d'après l'arrêt du 25 novembre 1862, les sentences de la période antérieure au décret conservent leur caractère provisoire, d'où dérive la faculté pour les parties de les frapper à une époque quelconque d'appel devant la juridiction supérieure ; au contraire d'après le jugement du tribunal d'Alger la promulgation du décret de 1854 a eu cet effet de mettre en demeure tous les plaideurs de la période antérieure d'avoir à former leurs appels dans les délais impartis, d'où cette conséquence qu'après l'expiration du délai, toutes les sentences antérieures sont devenues définitives.

On ne peut méconnaître que le système du tribunal d'Alger conduit à un résultat très bon, il fait cesser à bref délai toute incertitude dans les situations ; il efface d'un seul coup le caractère provisoire des sentences musulmanes antérieures et les transforme en décisions dé-

(1) Trib. d'Alger, 31 décembre 1863, Robe, 1863, p. 299.

finitives ; le principe de la chose jugée, qui est une des bases de l'organisation judiciaire, reçoit l'application la plus large ; il s'étend aussi bien dans le passé que dans l'avenir ; tous les plaideurs sans distinction d'époque se trouvent à l'abri de la règle nouvelle. Mais on peut remarquer que le décret de 1854 ne paraît point avoir une aussi grande portée : il ne dit rien relativement à ce recours extraordinaire que, d'après le système du tribunal d'Alger, tous les plaideurs antérieurs auraient dû interjeter dans le délai d'un mois à compter de la promulgation, et les principes généraux ne semblent pas permettre de suppléer sur ce point au texte du décret : « La loi organique d'un système judiciaire ne statue en principe que pour l'avenir, et, à moins de dérogation formelle, le pouvoir qu'elle constitue ne peut rétroagir sur le pouvoir antérieur » (note sous le jugement précité du tribunal d'Alger). On peut donc penser que le système du tribunal d'Alger en dépit des avantages qu'il présente n'est pas celui que la loi a consacré.

Une autre question a été soulevée relativement à la chose jugée : il s'agit de savoir si une sentence rendue par les juridictions musulmanes est opposable à ceux qui ne ressortissent pas à ces juridictions ; en d'autres termes si la chose jugée entre musulmans peut valoir comme telle à l'égard de leurs ayants cause non musulmans.

Plusieurs arrêts ont consacré la négative. « Attendu, dit un arrêt du 2 janvier 1862 (1), que la question de chose jugée ne saurait être présentée lorsqu'il s'agit de deux législations procédant de principes et d'attributions dif-

(1) Alger, 2 janvier 1862 ; Robe, 1862, p. 181.

férents imposant aux justiciables des règles et des devoirs dissemblables suivant qu'il y a recours à la loi musulmane ou à la loi française ».

Un autre arrêt du 6 juin 1864 (1) consacre la même opinion dans les termes suivants : il constate d'abord que la sentence qu'on veut opposer à l'ayant cause non musulman a été rendue d'après les seules règles du droit musulman, que d'ailleurs il s'agit d'une sentence définitive ne pouvant être attaquée devant aucune autre juridiction et non susceptible de recours en cassation (art. 37, D. 31 déc. 1859), puis il continue en ces termes : « Considérant qu'attacher aux jugements et arrêts rendus dans de semblables conditions, l'autorité de la chose jugée au regard des ayants cause non musulmans, ce serait exposer ceux-ci à voir leurs droits dépérir sous l'atteinte forcée d'une loi qui n'est pas la leur, et dont, au moment où ils ont contracté, ils n'ont pas dû prévoir l'application nécessaire et exclusive (art. 37, Ordon. royale, 26 sept. 1842) ; que décider ainsi, ce serait aussi ouvrir aux indigènes musulmans la voie de frauduleuses et préjudiciables collusions, attacher à leurs transactions avec les non musulmans des périls de nature à éloigner la confiance et à rendre ces transactions inacceptables. »

On ne peut méconnaître la grande valeur des considérants de l'arrêt du 6 juin 1864. La doctrine qu'il consacre et qu'avait consacrée déjà l'arrêt du 2 janvier 1862, était-elle en harmonie avec les principes relatifs à l'autorité de la chose jugée ? La Cour suprême ne l'a point pensé, et par arrêt du 13 décembre 1864, cassant l'arrêt

(1) Alger, 6 juin 1864 ; Robe, 1864, p. 114.

d'Alger du 2 janvier 1862, elle a reconnu qu'un jugement rendu entre musulmans et par un magistrat musulman était opposable aux ayants cause européens (1). La Cour suprême donne le motif suivant : « Il importe peu pour la validité d'une instance même à l'égard de tiers autres que des musulmans, qu'elle soit l'œuvre d'un tribunal indigène, dès qu'elle est émanée de juges qui, investis de la plénitude de juridiction, rendent au nom de l'empereur des décisions et sentences au même titre et par les mêmes voies que les jugements des autres tribunaux de l'empire. »

La Cour de Nîmes statuant comme Cour de renvoi sur l'espèce qui avait donné lieu à l'arrêt d'Alger du 2 janvier 1862 et à l'arrêt de cassation qui précède s'est rangée à l'opinion de la Cour suprême par arrêt du 3 janvier 1866 (2) et la Cour d'Alger dans les arrêts postérieurs s'y est rangée à son tour ; elle abandonne sa jurisprudence première (3).

On peut remarquer que cette jurisprudence, en dehors de l'argument décisif relaté dans l'arrêt de cassation qui précède, prêtait le flanc à une critique des plus sérieuses : elle tendait à soustraire les non musulmans à l'empire de décisions rendues au titre musulman ; mais elle ne remarquait pas que les non musulmans se présentaient nécessairement en leurs qualités d'ayants cause de musulmans, et que par suite c'étaient non pas leurs propres droits, mais exclusivement ceux de leurs débiteurs musulmans qui se trouvaient en jeu. On pouvait donc soutenir que cette jurisprudence reposait en

(1) Cass., 13 décembre 1864 ; Robe, 1864, p. 251.

(2) Nîmes, 3 janvier 1866 ; Robe, 1866, p. 81.

(3) V. notamment Alger, 18 décembre 1883 ; Robe, 1885, p. 159.

définitive sur une confusion des droits de l'ayant cause (créancier non musulman) avec ceux de l'auteur (débiteur musulman) (1).

4^e Exécution des sentences.

Il nous reste à parler de l'exécution des sentences musulmanes.

En étudiant la période antérieure à 1854, nous sommes arrivés à cette conclusion que les sentences musulmanes ne peuvent être exécutées que suivant les formes propres au droit musulman à l'exclusion de celles qui sont tracées par le Code de procédure civile. Nous avons montré les inconvénients graves, les impossibilités matérielles d'exécution auxquels cette règle pouvait conduire ; nous avons vu comment il y était porté remède par l'article 22 de l'ordonnance royale du 16 avril 1843.

La première règle reste vraie sous l'empire des décrets : le législateur confère aux jugements par la formule exécutoire l'autorité dont ils ont besoin (art. 40, D. 1854, art. 37, D. 1859 et 1866) ; de même il leur donne la fixité nécessaire de la chose jugée, mais il leur laisse pour le surplus leur marque originaire et surtout leurs modes spéciaux d'exécution ; « les jugements définitifs émanés des tribunaux musulmans, dit l'article 39, décret de 1854, doivent être exécutés selon les voies actuellement en vigueur en tant qu'il n'y est pas dérogé par le présent décret ». Les décrets de 1859 et de 1866 reproduisent ces dispositions dans leurs articles 38 et 39 ; ils y ajoutent à la vérité quelques prescriptions complémentaires, mais

(1) V. en ce sens une note fortement motivée en suite de l'arrêt précité d'Alger, du 6 juin 1864.

elles ne font que consacrer les règles jusqu'alors en vigueur. La peine n'est pas contestée. Il est nettement mis en lumière par les arrêts.

C'est ainsi que la Cour du 16 février 1890 (1), après avoir posé le principe et surtout très justement que les juges musulmans ne sauraient conférer l'hypothèque judiciaire, cette garantie spéciale qui est inconnue dans le régime musulman ne peut, par une sorte d'importation du droit civil, s'attacher à des décisions rendues l'après la loi musulmane avec qui elle est incompatible. L'arrêt applique sa solution au cas même où l'arrêt d'une sentence rendue par un cadi en dépit des règles de compétence, au bénéfice d'un Français contre un indigène musulman. Sans doute, d'après le droit commun, un Français est recevable à prendre hypothèque en vertu d'un jugement émané d'un tribunal incompétent et son hypothèque tiendra si le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée, mais l'arrêt constate qu'il n'y a rien à induire de là dans l'espèce, attendu qu'il n'est pas admissible qu'un jugement qui ne produit pas d'hypothèque quand il est régulièrement rendu (c'est le cas de la sentence d'un cadi sur laquelle on raisonne), ait cette vertu parce que le juge a statué en dehors de sa compétence.

Citons encore un jugement du tribunal de Sétif du 5 novembre 1895 (2), qui partant toujours du principe selon lequel l'exécution d'un jugement de cadi ne peut avoir lieu que d'après les règles de la procédure musulmane et ne peut notamment servir de base à une saisie-exécution pratiquée par un huissier français.

(1) Alger 16 février 1890 : *Revue*, 1890, p. 266.

(2) Sétif de bout 5 novembre 1895 : *Revue*, 1895, p. 522.

maintient sa solution encore bien que le bénéfice du jugement ait été cédé à un européen et que ce soit ce cessionnaire européen qui exécute. La raison très simple, donnée par le jugement, est qu'il ne saurait dépendre d'un créancier d'enlever à son débiteur et par l'effet de sa seule volonté les avantages que lui accorde la loi de son contrat.

L'inapplicabilité aux jugements musulmans des règles tracées par le Code de procédure civile s'étend à la matière des référés sur exécution ; les articles 808 et suivants ne peuvent être invoqués ; le président du tribunal civil est incompétent pour statuer sur un référé introduit par un indigène musulman contre un autre indigène, sur exécution d'un titre musulman. C'est ce que décide un arrêt du 11 décembre 1876 (1) ; il n'y a là qu'une conséquence logique des principes qui précèdent ; au surplus les pouvoirs du président en référé sont corrélatifs à ceux du tribunal civil et, dès l'instant où ce tribunal est incompétent, le président est sans qualité pour statuer en état de référé. Observons que cette dernière remarque a servi à combattre la solution admise par l'arrêt du 11 décembre, attendu qu'il s'agissait dans l'espèce d'un immeuble régi par la loi française aux termes de la loi du 26 juillet 1873 et pour lequel le tribunal français avait par suite juridiction.

On sait que d'après le système du décret de 1866, c'est toujours le cadi qui est chargé de l'exécution des sentences musulmanes soit qu'elles émanent du cadi lui-même, du juge de paix ou des chambres mixtes des tribunaux d'appel (art. 38). Un décret du 27 avril 1877,

(1) Alger, 11 décembre 1876 ; Robe, 1877, p. 42.

charge les juges de paix de surveiller l'exécution des arrêts et jugements rendus sur appel de sentences des cadis ; aux termes du décret (art. 2, 3, 4), le juge de paix, en cas de difficultés sur l'exécution ; est saisi par le cadi chargé de cette exécution, il statue en état de référé par une ordonnance non susceptible d'opposition, mais qui peut être frappée d'appel. Un arrêt du 20 octobre 1879 (1), fait l'application de ces règles en décidant ainsi : Est non recevable, l'appel interjeté devant la Cour de la décision d'un cadi relative à l'exécution d'un jugement ou arrêt précédemment rendu, avant que le juge de paix ait statué, et c'est seulement l'ordonnance de ce magistrat qui peut être frappée d'appel.

Un autre arrêt du 4 mai 1881 (2), statue sur une espèce semblable et donne la même solution.

Si l'on s'accorde sur le maintien de cette règle de la spécialité des modes d'exécution des sentences musulmanes, on ne s'accorde plus sur le point de savoir si le tempérament nécessaire à la règle, tel qu'il résulte de l'article 22 de l'ordonnance de 1843, continue d'exister. Ce texte qui autorise les indigènes musulmans à faire revêtir les sentences intervenues de l'exéquatur du Président du tribunal et à les rendre par ce moyen susceptibles des modes d'exécution du droit commun, reste-t-il en vigueur dans la période où nous sommes ? C'est une question controversée.

Un arrêt du 16 avril 1858 (3) a admis que l'article 22 de l'ordonnance de 1843 avait été abrogé par le décret de 1854 ; l'arrêt se fonde sur le caractère du décret de 1854

(1) Alger, 20 octobre 1879 ; Robe, 1880, p. 16.

(2) Alger, 4 mai 1881 ; Robe, 1882, p. 365.

(3) Alger, 16 avril 1858 ; Robe, 1886, p. 213.

qui crée un droit nouveau et qui sépare la justice musulmane de la justice française, il invoque spécialement les articles 39, 40, 73 du décret.

Mais l'on a soutenu avec beaucoup de force, à l'encontre de l'arrêt précité, que les textes invoqués ne renfermaient pas l'abrogation qu'on croit y voir, que les décrets postérieurs de 1859, de 1866, du 28 avril 1877, se conciliaient de même avec le principe inauguré en matière d'exécution par l'ordonnance de 1843 et qu'ainsi le texte continuait à être en vigueur sous l'empire des décrets en question (1).

Cette opinion, outre les arguments juridiques sur lesquels on la fonde, se recommande par de grands avantages pratiques, en ce qu'elle maintient au profit des indigènes musulmans une faculté précieuse en l'absence de laquelle l'exécution devient parfois irréalisable.

(1) Voir en ce sens une note sous l'arrêt précité du 16 avril 1858 ; voir de même, *Revue algérienne*, mars 1886, p. 139, en note.

DEUXIÈME PARTIE

JUSTICE MUSULMANE HORS TELL ET EN KABYLIE

La région saharienne et la Kabylie n'avaient point été soumises aux réformes judiciaires opérées par les décrets que nous venons d'étudier. On en trouve la preuve dans l'article 59 du décret du 31 décembre 1859 aux termes duquel : « Le présent décret ne s'applique point à la Kabylie et à *la région hors du Tell* qui demeurent régies l'une par ses coutumes actuelles, l'autre *par la juridiction des cadis telle qu'elle existait avant le décret du 1^{er} octobre 1854* ». Deux décrets sont venus régler l'organisation judiciaire dans ces régions : le premier en date est celui du 8 janvier 1870 qui s'applique à la région saharienne et à l'étude duquel nous arrivons.

CHAPITRE I

ORGANISATION DE LA JUSTICE MUSULMANE DANS LA RÉGION SAHARIENNE.

L'esprit général du décret du 8 janvier consiste à appliquer à la région saharienne les principes posés par le décret du 13 décembre 1866 sauf certaines modifications. Nous insisterons spécialement sur ces modifications.

Le cadi reste le juge ordinaire du premier degré, avec compétence en dernier ressort jusqu'à 200 francs de principal en matière personnelle et mobilière, jusqu'à 20 francs de revenu en matière immobilière ; c'est la même règle que dans le Tell (art. 5, D. 8 janvier 1870).

On conserve de même aux indigènes sahariens la faculté de porter d'un commun accord leurs contestations devant la justice française, et il est alors procédé d'après les dispositions du décret du 13 décembre 1866 (art. 2, D. 1870).

Au contraire, l'organisation de la juridiction du second degré est modifiée soit quant aux tribunaux désignés pour connaître des appels, soit quant aux conditions de recevabilité de ces appels.

Un tribunal unique est désigné dans chaque province pour connaître des appels des cadis du Sahara : c'est la Cour d'Alger pour la province d'Alger, ce sont les

tribunaux d'Oran et de Constantine pour les deux autres provinces (art. 13, D. 1870).

Voici maintenant les conditions de recevabilité de l'appel devant ces tribunaux : l'appel doit être interjeté à peine de déchéance dans les trente jours du prononcé du jugement par déclaration faite à l'adel du cadi (art. 8, Dec. 1870). L'acte d'appel est notifié par les soins de l'adel à la partie adverse. L'appelant dans sa déclaration d'appel, et l'intimé dans les dix jours qui suivent la notification à lui faite, peuvent déclarer qu'ils renoncent à soumettre l'affaire à l'examen du midjlès. Il suffit que l'un des deux fasse cette renonciation pour que l'affaire soit directement portée devant l'un des tribunaux désignés ci-dessus (art. 8, Décret), cette première hypothèse ne présente aucune difficulté.

Si ni l'un ni l'autre ne déclare renoncer au midjlès, l'affaire frappée d'appel est examinée de nouveau par celui-ci. Dans cette seconde hypothèse si la contestation ne pose ni sur une question d'état, ni sur une valeur dépassant deux mille francs de capital ou deux cents francs de revenu et si l'avis du midjlès est conforme au jugement du cadi, l'appel reste sans suite et le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée (art. 10). L'appel ne peut suivre son cours que lorsque la contestation porte sur une question d'état ou sur une valeur dépassant le taux ci-dessus indiqué, ou lorsque l'avis du midjlès n'est pas sur tous les points conforme au jugement du cadi (art. 11) ; même en ce cas, il est nécessaire que la partie appelante, après qu'elle a eu connaissance de l'avis du midjlès et dans les 40 jours qui suivent, déclare qu'elle persiste dans son recours (art. 12). L'appel est alors jugé par les tribunaux français dési-

gnés plus haut suivant les formes prescrites pour les appels interjetés contre les jugements des cadis du Tell (art. 14 et 15).

Le motif de ces différentes règles s'aperçoit aisément : le recours devant les tribunaux français expose les indigènes sahariens à des voyages lointains, à des frais onéreux ; il nécessite en outre des délais assez longs, la célérité dans la solution des litiges fait défaut. Pour toutes ces raisons et dès l'instant où les deux parties ont été d'accord pour demander l'examen du midjlès, on veut que, soit l'importance de la contestation, soit la présomption de mal jugé qui s'attache à la sentence du cadi par le fait de l'avis contraire du midjlès viennent garantir que l'appel n'a pas été interjeté d'une manière inconsidérée. On peut remarquer que dans ce système le recours au midjlès présente à certains égards les caractères d'un véritable appel.

Un arrêt du 6 mai 1885 (1) a fait une juste application des règles et des principes qui précèdent en disposant que si l'appel des jugements des cadis sahariens doit être relevé dans les trente jours de leur date et que s'il appartient à l'appelant d'en justifier, cependant la décision du midjlès implique que l'appel a été relevé, sans qu'il soit besoin de produire l'acte d'appel, « attendu que le midjlès n'aurait point eu qualité pour examiner à nouveau l'affaire, s'il n'avait été saisi par l'appel de la partie condamnée. »

Les règles spéciales d'appel qui viennent d'être exposées ne s'appliquent plus si la contestation s'agite entre indigènes du Tell et du Sahara : on revient ici au sys-

(1) Alger, 6 mai 1885 ; Robe, 1885, p. 260.

tème du décret de 1866 (art. 22, 23, 24) avec cette restriction cependant que l'appel est porté exclusivement devant la Cour d'Alger ou les tribunaux de Constantine et d'Oran, même lorsque la contestation porte sur un chiffre inférieur à 2.000 francs de capital ou 200 francs de revenu (art. 17, D. 1870). On a voulu par là conserver aux indigènes du Tell le bénéfice de leur législation quant aux jugements de leurs appels ; c'est ainsi que le rapport précédant le décret de 1870 justifie la disposition de l'article 17 ; mais il semble que l'indigène du Tell aurait pu sans le secours de l'article 17 et par le seul effet de la renonciation expresse à l'examen du *midjlès* prévue à l'article 8, obtenir le même avantage ; l'article 17 présume de droit cette renonciation ; c'est en dernière analyse une faculté qu'on lui retire non une faveur qu'on lui accorde.

CHAPITRE II

ORGANISATION DE LA JUSTICE MUSULMANE EN KABYLIE.

Cette organisation judiciaire a été l'œuvre du décret du 29 août 1874.

La Kabylie, de même que la région saharienne, avait été laissée en dehors du régime des décrets de 1859 et 1866. On lui avait laissé « ses djemmaas » ou assemblées locales qui d'après la coutume kabyle assuraient le double service de l'administration et de la justice.

La Kabylie se trouvait au point de vue judiciaire dans un état d'indépendance absolue vis-à-vis des autres tribunaux de la colonie et spécialement de la Cour d'Alger. C'est ce que proclamait nettement, à la veille du décret de 1874, un arrêt de la Cour d'Alger.

« Attendu, dit la Cour (1), qu'aux termes de l'article 59, décret du 31 décembre 1859, la Kabylie est restée soumise au point de vue des juridictions, à ses coutumes particulières ; qu'aucune disposition réglementaire ne défère à la Cour d'appel des décisions rendues par les tribunaux constitués en vertu de ses coutumes ». La suite de l'arrêt reconnaît seulement à l'administration supérieure le droit de prendre des mesures soit pour assurer à la justice son cours régulier en Kabylie, soit pour empêcher l'exécution des sentences rendues par des tribunaux illégalement constitués.

(1) Alger, 14 mai 1872 ; Robe, 1872, p. 143.

Il y avait là une situation bien anormale et d'autant plus dangereuse que ces « djemmaas » de justice qui décidaient souverainement, étaient loin d'être à l'abri du reproche. On a pu dire d'elles que « c'étaient de véritables associations de malfaiteurs qui trafiquaient sans pudeur de la justice ». Sous l'influence de ces idées on avait adressé des critiques au système admis par la Cour. Certains pensaient que la Cour d'Alger qui a la plénitude de juridiction et qui forme le droit commun en Algérie « devait pouvoir couvrir de sa protection des lacunes regrettables », qu'il y avait là un véritable danger pour le bon renom de la justice et de la France elle-même, qu'un tel état de choses appelait un prompt remède.

Le décret du 29 août 1874 est venu répondre à cet appel. Nous en présenterons l'analyse sommaire, nous citerons chemin faisant quelques arrêts rendus en exécution de ce décret.

On ne pouvait songer ici à procéder comme pour la région saharienne par voie d'application des décrets antérieurs de 1859 et de 1866 ; on se trouvait en effet en face d'un pays entièrement différent du pays arabe et où l'administration de la justice était tout autre. Le *cadi*, ce juge traditionnel des indigènes en pays arabe n'avait point le plus souvent ici d'attributions juridictionnelles, ces attributions étaient dévolues aux *djemmas* de justice ; on ne pouvait de la sorte en Kabylie ériger le *cadi* en juge ordinaire du premier degré, sous peine de heurter de front les habitudes nationales. Il fallait trouver un autre juge de droit commun, ce fut le juge de paix (art. 4, D. 29 août 1874).

Voilà donc un premier point sur lequel le décret de

1874 se sépare entièrement des divers décrets étudiés jusqu'ici : le juge de paix n'est point seulement un juge facultatif pour les indigènes ; ils n'ont pas le choix entre le juge indigène et le juge français, ce n'est point seulement en appel, c'est dès le premier degré de juridiction qu'ils rencontrent obligatoirement la justice française.

Il faut noter cependant que l'article 1^{er} du décret autorise le gouverneur général à maintenir en certains points les mahakmas ou djemmaâs de justice « pour le jugement des contestations entre indigènes ou musulmans étrangers et à charge de fixer les limites dans lesquelles elles continueront d'exercer leur juridiction ». Mais ce sera là un fait tout exceptionnel ; le gouvernement général paraît au surplus n'avoir fait qu'un très rare usage de cette faculté.

La question s'est posée de savoir qu'elle était la compétence des cadis et djemmaâs de justice ainsi maintenus et les voies de recours dont leurs décisions pouvaient être susceptibles.

Par arrêt du 2 mars 1880 (1) la Cour a résolu le premier point en ce sens que les juridictions indigènes ainsi maintenues en vertu du décret de 1874 en pays kabyle avaient conservé la compétence dont elles étaient antérieurement investies : « Attendu qu'aucune disposition légale n'est venue modifier leurs attributions », que spécialement les cadis maintenus comme juges continuaient à connaître des questions d'état ; sur le second point l'arrêt paraît admettre que les décisions des juridictions indigènes ainsi maintenues ne devraient

(1) Alger, 2 mars 1880 ; Robe, 1882, p. 65.

être passibles d'aucun recours devant les tribunaux français, par là même qu'on se trouve d'après ce qui précède, sous l'empire des coutumes kabyles qui n'autorisent point ce recours ; en tous les cas et à supposer qu'un appel ait été interjeté devant l'un des tribunaux de première instance institués en Kabylie suivant les règles tracées par le décret de 1874, le jugement rendu par ce tribunal, ne saurait être frappé d'un nouveau recours devant la Cour d'Alger. « Appel sur appel ne vaut ». L'arrêt est formel et sa doctrine ne paraît point contestable.

Revenons à la juridiction des juges de paix, en tant qu'elle s'exerce sur des indigènes. Les procès s'agiteront soit entre Kabyles, soit entre Arabes, soit entre Kabyles et Arabes.

Le décret avait à résoudre deux grandes questions : quelles limites faut-il assigner à la juridiction des juges de paix ? Quelle loi sera applicable dans les divers cas indiqués ci-dessus ?

La solution sur ce second point est fournie par les articles 2 et 3 du décret. Elle se résume dans les propositions suivantes : 1° les parties ont toujours le droit de se soumettre d'un commun accord à la loi française et leur volonté sur ce point, qu'elle se manifeste lors de la convention ou depuis, doit toujours être suivie ; 2° il en est de même si elles optent pour une autre loi, mais ici leur volonté devra se manifester lors du contrat et non plus tard, c'est du moins ce qui paraît résulter de la différence de rédaction des textes écrits en vue de ces deux hypothèses (Cf. art. 2 et 3 dernières phrases) ; 3° à défaut de déclaration expresse, c'est la loi musulmane qui sera applicable s'il s'agit de deux Arabes plai-

dant l'un contre l'autre ; ce sera le droit kabyle s'il s'agit des deux Kabyles ; que si enfin il s'agit d'indigènes soumis à des lois différentes quant à l'objet de la convention ou de la contestation, la loi applicable sera, en matière réelle, celle du lieu de la situation de l'immeuble, en matière personnelle et mobilière, celle du lieu où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation.

Venons à la question de compétence des juges de paix ; elle est ainsi fixée : ils connaissent *en premier ressort* : 1° de toutes les contestations relatives aux matières religieuses ou d'état, qui sont énumérées par l'article 24 du décret du 13 décembre 1866 ; nous avons déjà donné cette énumération (1) ; — 2° de toutes les actions personnelles ou mobilières, civiles ou commerciales à quelque chiffre que la demande s'élève ; — 3° de toutes les actions immobilières jusqu'à 60 francs de revenu déterminé, soit en rentes, soit par prix de bail ; *en dernier ressort* (modification introduite par le décret du 13 décembre 1879, art. 3) : 1° de toutes les actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 200 francs ; 2° des actions immobilières jusqu'à 20 fr. de revenu.

Ici l'on consacre le système du décret de 1866, sauf en un point cependant : le décret de 1866, n'assigne aucune limite à la compétence en premier ressort du juge de paix qu'il assimile au cadi, au contraire le décret de 1874 lui enlève la connaissance de toutes actions immobilières dépassant 60 francs de revenu.

Le juge de paix devait être assisté dans les contesta-

(1) V. *supra*, p. 180.

tions entre indigènes, d'assesseurs ayant voix consultative et suivant les distinctions indiquées en l'article 5 du décret. Ces assesseurs ont été supprimés.

L'article suivant s'occupe de la procédure : il renvoie sur ce point au décret de 1866, articles 15, 25, 29, 30, 32 ; c'est-à-dire qu'il déclare applicable devant le juge de paix la procédure à suivre devant le cadi aux termes de ce dernier décret. Résumons cette procédure : la demande est introduite par la comparution volontaire et simultanée des deux parties ou par celle du demandeur seul. Dans ce cas, le juge de paix fait donner par un aoun, avis au défendeur de se présenter au jour qu'il indique. En cas de non comparution sur cet avis, il accorde un délai à l'expiration duquel il annonce publiquement à l'audience le jour où il prononcera son jugement et en fait donner avis au défendeur par l'aoun. L'accomplissement de ces diverses formalités est mentionné à sa date sur un registre tenu par le greffier. Les parties ne peuvent se faire représenter ou défendre que par des oukils, à moins qu'elles ne donnent un mandat spécial et par écrit à un de leurs parents ou de leurs amis. Les jugements n'entraînent aucun frais pour les parties lorsqu'elles n'en réclament pas l'expédition.

Voilà pour le premier degré de juridiction. Le second degré est organisé de la manière la plus simple ; aux termes de l'article 7 *in fine* : « les tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie (ce sont les deux tribunaux d'arrondissement de Kabylie) connaîtront en appel de tous jugements rendus en premier ressort par les juges de paix ». Ces tribunaux connaissent en outre, en premier ressort et à charge d'appel devant la Cour d'Alger, des matières soustraites à la compétence des juges de paix,

c'est-à-dire des actions immobilières et indéterminées ou supérieures à 60 francs de revenu.

D'après le décret de 1874, art. 8 § 2, les décisions rendues sur ces matières par le tribunal de Bougie allaient en appel devant le tribunal de Constantine ; un décret du 13 décembre 1879 a supprimé cette complication en attribuant dans tous les cas compétence à la Cour d'Alger.

De même que le juge de paix, les tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie, ainsi que la Cour, doivent être assistés d'assesseurs musulmans suivant les règles tracées par l'article 8 § 3 et suivants ; les assesseurs près la Cour et les tribunaux ont voix délibérative à la différence de ceux des justices de paix qui n'ont que voix consultative. Nous avons déjà dit que ces assesseurs avaient été supprimés.

La procédure devant les juridictions d'appel instituées par le décret de 1874 est la même que celle tracée par le décret de 1866 (art. 9) ; nous renvoyons pour les détails aux articles 33 et suivants de ce décret.

Notons encore l'article 10 aux termes duquel « les décisions en dernier ressort rendues par les juges de paix, les tribunaux civils et la Cour d'appel appliquant le droit musulman ou kabyle, ne sont pas susceptibles de recours en cassation » ; et l'article 11 qui porte « les jugements ou arrêts définitifs rendues entre indigènes musulmans ou étrangers par les juges de paix, les tribunaux et la Cour s'exécutent *selon les règles et usages actuellement en vigueur* ».

Nous avons déjà rencontré ces règles dans les décrets relatifs au pays arabe ; il suffit de s'y reporter.

En matière de justice répressive le décret (art. 16),

déclare purement et simplement applicables les règles suivies dans les autres territoires civils de l'Algérie.

Le titre II du décret de 1874 posait quelques règles spéciales pour le cercle de Fort national. Ce titre a été abrogé par le décret du 21 septembre 1880, qui a divisé ce cercle en quatre cantons judiciaires ressortissant au tribunal de Tizi-Ouzou et qui a soumis au décret du 29 août 1874 la compétence du juge de paix de chacun de ces cantons.

TROISIÈME PÉRIODE

LA JUSTICE MUSULMANE, DEPUIS 1886 JUSQU'A NOS JOURS.

Depuis 1886 jusqu'à nos jours, les textes législatifs pour cette troisième et dernière période sont les suivants :

1^o Le décret du 10 septembre 1886 sur l'organisation de la justice musulmane en Algérie. Ce décret est applicable à tout le territoire excepté (art. 72) les ressorts des tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie et la région saharienne non soumise au régime civil. Ce décret introduit une réforme radicale dans la législation civile des indigènes du Tell ; il fait entrer la justice musulmane dans une phase absolument nouvelle ; il forme le trait caractéristique de cette troisième période de l'administration de la justice musulmane, et lui donne son caractère propre. Il abroge tous les décrets antérieurs qui avaient réglementé la matière, notamment le décret du 13 décembre 1866, mais il réserve l'application des décrets spéciaux de 1870 et de 1874 dans les territoires saharien et kabyle pour lesquels ces décrets sont faits.

2^o Le décret du 17 avril 1889 portant réorganisation du service de la justice musulmane en Algérie. Ce décret abroge et remplace celui de 1886. Il n'inaugure pas

un système nouveau ; il maintient au contraire presque tous les principes consacrés en 1886 ; il n'a d'autre portée que de donner une rédaction nouvelle au décret précédent en le modifiant sur des points de détail.

3° Le décret du 25 mai 1892 modifie certains articles de celui de 1889 ; il ajoute à ce décret un chapitre qui attribue un rôle nouveau à la Cour d'Alger dans l'administration de la justice musulmane ; c'est une innovation qui vient s'ajouter à toutes celles opérées par le décret de 1886 et qui achève de donner sa physionomie propre à l'organisation nouvelle.

4° Le décret du 11 juin 1894 qui développe sur un point important un principe introduit par l'article 7 du décret du 17 avril 1889 et relatif au droit donné aux cadis de juger sur les marchés, sous certaines conditions, les contestations personnelles et mobilières.

On le voit, une organisation d'ensemble absolument nouvelle (décret de 1886), des modifications de détail apportées à cette organisation sans changement dans son principe ; deux règles complémentaires conférant soit aux cadis, soit à la Cour d'Alger, des attributions que ne comportait pas l'organisation primitive (décrets des 17 avril 1889, 25 mai 1892, 11 juin 1894), tel est le résumé de l'œuvre législative accomplie dans cette période.

Nous reprendrons les divisions de chapitres précédemment adoptées, et nous étudierons l'organisation judiciaire nouvelle au point de vue de l'organisation proprement dite des tribunaux en matière musulmane, — de leurs attributions et de la compétence, — de la procédure et de l'exécution.

CHAPITRE I

ORGANISATION DES JURIDICTIONS.

On se rappelle que dans le système du décret de 1866, on trouve au premier degré le cadi comme juge de droit commun avec le midjlès consultatif, le juge de paix comme juge d'exception en ce sens qu'il n'intervient dans les litiges entre musulmans qu'autant que les parties le saisissent d'un commun accord.

Au second degré on rencontre comme tribunaux d'appel, soit les tribunaux civils d'arrondissement, soit les tribunaux d'Oran et de Constantine, soit la Cour et l'on sait que c'est une chambre spéciale dite chambre mixte, qui dans chacun de ces tribunaux ou Cour jugent les appels musulmans. Un conseil supérieur de droit musulman siégeant à Alger et chargé de trancher les questions de droit touchant à la loi religieuse ou à l'état civil qui surgissent en cause d'appel complète le système des juridictions du second degré.

Un décret du 11 novembre 1875 avait, nous le savons, supprimé le Conseil de droit musulman, institution qui coûtait fort cher et rendait peu de services.

Les midjlès n'avaient été l'objet d'aucune abrogation expresse, mais le décret du 10 septembre 1886, qui abroge le décret du 13 décembre 1866, ne contenant aucune disposition relative aux midjlès consultatifs doit être considéré comme impliquant la suppression de ces midjlès

Ce point n'est pas contestable ; il a été mis en lumière par un arrêt de la Cour d'Alger du 19 octobre 1887 (1). « Attendu, dit l'arrêt, que du silence du nouveau décret, on peut induire que les midjlès n'ont plus d'existence légale et qu'aujourd'hui le cadi ne peut être appelé à se prononcer à nouveau en assemblée de midjlès sur un litige qu'il a déjà jugé ».

Voilà donc deux rouages de l'organisation judiciaire de 1866 qui se trouvent supprimés ; voyons maintenant ce que deviennent ceux qu'on laisse subsister.

SECTION I

JURIDICTIONS DU PREMIER DEGRÉ.

Le cadi subsiste comme juge du premier degré, mais par un renversement de ce qui existait jusqu'alors, il cesse d'être le juge de droit commun pour devenir le juge d'exception, avec une compétence restreinte à certaine matière et simplement facultative pour les parties. Nous aurons à nous étendre sur ce point en étudiant la compétence ; l'organisation des tribunaux de cadis ou mahakmas doit seule nous occuper ici. Elle est réglée dans le chapitre II du décret (art. 8 à 18).

L'article 8 fixe la composition des mahakmas : un cadi, un ou plusieurs suppléants (bachadels), un ou plusieurs greffiers (adels). L'article 9 indique les conditions d'âge et d'aptitude exigées pour la nomination à ces divers emplois. Les quatre articles suivants ont trait à la nomination, au remplacement provisoire, au dépla-

(1) Alger, 19 octobre 1887 ; Robe, 1887, p. 430.

cement, à la révocation, au traitement de ces magistrats indigènes ; l'article 12 a trait au serment qu'ils doivent prêter devant le tribunal de première instance avant d'entrer en fonctions.

Comme par le passé, il est attaché à chaque mahakma un ou plusieurs huissiers (aouns) qui font l'objet de l'article 14, et des défenseurs (oukils) qui font l'objet de l'article 15.

Les articles 16 et 18 reproduits en substance des articles 6 et 27 du décret de 1859 disposent que les cadis sont toujours tenus de statuer sans pouvoir invoquer le silence ou l'obscurité de la loi, que leurs audiences sont publiques sauf les cas où le huis-clos est nécessaire pour l'ordre et pour les mœurs.

Notons enfin l'article 17 aux termes duquel « des audiences foraines peuvent être instituées par arrêté du garde des sceaux, qui détermine le lieu, les jours et heures de ces audiences. Un arrêté peut également établir des mahakmas annexes comprenant un bachadel et des adels ».

Nous n'avons fait qu'esquisser cette organisation des mahakmas ; il suffira de se reporter au texte même des articles pour les détails.

Toutes ces dispositions sont reproduites dans les articles correspondants (art. 8 à 18) du décret de 1889 ; ce sont donc celles qui régissent actuellement la matière.

A côté du cadi, on retrouve le juge de paix dont le décret de 1886 fait le juge de droit commun du premier degré en matière musulmane. Le chapitre III du décret de 1886 s'occupe des juges de paix. Le personnel de la justice de paix comprend d'abord les deux auxiliaires de droit commun c'est-à-dire le greffier et l'huissier ; il

comporte en outre un interprète, des aouns (sortes d'huissiers arabes) chargés du service des avertissements et des notifications à faire aux indigènes (art. 27), et des oukils ou défenseurs chargés de représenter les parties. Il est dit que les parties comparaissent toujours en personne à moins d'empêchement absolu, que dans ce cas, elles peuvent se faire représenter soit par un parent, soit par un notable de la tribu justifiant de sa qualité de mandataire, soit par un oukil (art. 29), c'est là une disposition introduite par le décret de 1889. Ces agents spéciaux aouns et oukils, se rencontrent à la fois dans le personnel des mahakmas et des justices de paix ; les mêmes oukils postulent auprès des deux juridictions ; quant aux « aouns », ils sont distincts ; toutefois « dans les localités où il n'est pas attaché d'aouns spéciaux à la justice de paix, le service est assuré par les aouns du cadi ou par des agents désignés par le juge de paix. Ces agents perçoivent les émoluments attribués aux aouns » (art. 27). Cette désignation n'a pas lieu d'ordinaire ; le juge de paix laisse faire le service par les aouns de la mahakma.

SECTION II

JURIDICTIONS DU SECOND DEGRÉ.

Plusieurs changements sont introduits. L'organisation fondée par le décret de 1866 n'avait point échappé à la critique : cette double catégorie de juridictions d'appel, la Cour d'Alger, les tribunaux d'Oran et de Constantine d'une part, puis tous les autres tribunaux d'arrondissement d'autre part, avec obligation pour les parties de porter leurs appels devant les unes ou les

autres juridictions suivant le chiffre de l'intérêt en litige n'avait point paru justifiée. Elle offrait l'inconvénient grave de mettre une distance considérable entre le juge et le justiciable dès qu'il s'agissait d'un intérêt un peu élevé. Elle présentait cette bizarrerie de mettre hors pair les tribunaux d'Oran et de Constantine, de les placer sur un pied d'égalité avec la Cour d'Alger. Le droit commun n'établait aucune différence entre les divers tribunaux d'arrondissement de la colonie ; on en créait une tout à fait arbitraire pour les matières musulmanes. Les juges d'Oran, de Constantine, a-t-on pu dire, étaient-il donc — en matière arabe seulement — plus intelligents, plus instruits, plus expérimentés que leurs collègues des autres tribunaux. « Je l'avoue, écrivait M. Zeijs dès 1881, il ne m'est pas possible de découvrir un argument en faveur de cette organisation » ; et quelques lignes plus loin il ajoutait : « Il eût été bien facile d'éviter ces complications, ces anomalies que rien ne justifie : au premier degré, on aurait placé les cadis.... au second degré, les tribunaux civils sans distinction ; au sommet, la Cour d'Alger devant laquelle il ne serait permis de se pourvoir que dans le cas d'excès de pouvoir ou de violation de la loi ».

Un premier pas fut fait dans cette voie, par le décret du 10 septembre 1886. La distinction ancienne qui, suivant le taux du procès, faisait juger l'affaire par tel ou tel tribunal est supprimée, et l'on pose en principe (art. 37) que tout appel sera désormais porté devant le tribunal civil de l'arrondissement.

Ce principe subit une exception : dans l'arrondissement d'Alger, c'est la Cour qui, au moins provisoirement, connaîtra des appels. Le rapporteur du décret

motive de la sorte cette exception : « Le tribunal d'Alger ne pourrait avec les trois chambres dont il se compose suffire à l'expédition des affaires, si les appels musulmans lui étaient dévolus. D'autre part, les raisons budgétaires s'opposent actuellement à la création d'une nouvelle chambre. On a donc consacré temporairement sur ce point l'organisation actuelle, et la Cour continuera à connaître des appels de l'arrondissement d'Alger ».

Ainsi, en résumé, et d'après le décret de 1886, « les appels des jugements rendus en premier ressort par les juges de paix et les cadis sont portés dans l'arrondissement d'Alger, devant la Cour d'appel ; partout ailleurs, devant le tribunal civil d'arrondissement » (art. 37).

Devant la Cour, les appels sont portés devant la chambre musulmane. Dans les tribunaux composés de plusieurs chambres, ils sont portés devant la chambre désignée par le règlement du tribunal (art. 38). Il n'y a donc plus dans les tribunaux, de chambres spéciales composées de magistrats français et indigènes. Le décret supprime par voie d'extinction les assesseurs musulmans ; en outre, alors que jusqu'ici ils faisaient partie intégrante du tribunal, et prenaient part à la délibération et au prononcé du jugement, ils n'ont plus que voix consultative ; ils ne sont plus là que pour donner leur avis si les magistrats français le leur demandent. Et « dans le cas où ils seraient absents ou empêchés, il peut être passé outre aux débats » (art. 40). L'expérience acquise, dit le rapporteur, permet de croire que cette institution n'est plus indispensable.

Citons pour terminer l'article 39 aux termes duquel « les juridictions d'appel doivent siéger en nombre im-

pair. Les décisions sont rendues par trois magistrats au moins, président compris ».

Cette organisation des juridictions d'appel est maintenue sans modification par le décret de 1889 dont les articles 37 à 40 reproduisent les dispositions que nous venons d'analyser, mais elle est modifiée de deux manières par un décret du 25 mai 1892.

Le décret enlève tout d'abord à la Cour et attribue au tribunal d'Alger la connaissance des appels des jugements rendus dans cet arrondissement par les juges de paix et par les cadis ; il fait ainsi disparaître une anomalie qui ne se justifiait que par des raisons tirées des difficultés qu'aurait le tribunal d'Alger, dans sa composition actuelle, à expédier ces appels. On fait observer « que le parlement est saisi de propositions tendant à assurer au tribunal de 1^{re} instance d'Alger le personnel qui, plus que jamais, lui est indispensable »

Il n'y a plus dès lors exception à la règle suivant laquelle les appels musulmans sur sentences émanées, soit des juges de paix, soit des cadis, sont portés devant le tribunal civil de l'arrondissement (art. 37 modifié).

La chambre musulmane de la Cour qui dans le système précédent connaissait des appels musulmans de l'arrondissement d'Alger disparaît dans l'organisation nouvelle (arg. art. 38 modifié par le décret de 1892 et art. 54 nouveau introduit par ce décret).

Une seconde réforme consacrée par le décret du 25 mai 1892 consiste dans la création d'un pouvoir régulateur chargé d'assurer l'unité de jurisprudence en matière musulmane.

Au point où nous sommes arrivé, la connaissance des appels musulmans se répartit entre les seize tribu-

naux d'arrondissement de la colonie ; ce système avait le grave inconvénient de créer en matière musulmane, où la loi n'admet pas le pourvoi en cassation, seize jurisprudences souveraines qui pouvaient toutes différer entre elles.

C'est le même inconvénient qu'on avait rencontré en 1854 et auquel on avait voulu parer par l'institution du Conseil de jurisprudence musulmane ; ce conseil, on s'en souvient, avait principalement pour but d'unifier la jurisprudence des 21 midjlès qui, dans le système du décret de 1854, se partageaient la connaissance des appels musulmans.

Cet inconvénient avait reparu dans le système de 1859 et de 1866 ; il existait à la vérité dans une moindre mesure puisque au-dessus d'un certain chiffre la connaissance des appels se partageait seulement entre la Cour et les deux tribunaux d'Oran et de Constantine ; le besoin d'une juridiction régulatrice se faisait néanmoins sentir et c'est, nous l'avons vu, ce que déclarait dès 1881, M. le premier président Zeijs.

Avec le système nouveau, inauguré en 1886 et complété en 1892, la connaissance des appels se répartissait sans distinction de chiffres entre tous les tribunaux de 1^{re} instance ; l'inconvénient signalé apparaissait donc dans toute sa force.

Un premier remède aurait consisté à revenir au régime des ordonnances de 1841 et de 1842 et à attribuer à la Cour la connaissance exclusive des décisions frappées d'appel dans toute l'étendue du ressort ; mais on eût lésé très gravement les intérêts des justiciables indigènes en leur imposant pour faire juger leurs appels, des déplacements longs et coûteux ; on eût brusquement

abandonné cette préoccupation constante du législateur, qui depuis 1854, apparaît toujours, peut-on dire, dans les principales réformes touchant l'organisation des juridictions du second degré, celle de rapprocher autant que possible le juge d'appel du justiciable indigène ; on ne pouvait donc adopter ce remède et on ne le fit pas.

Le système admis est le suivant :

On réserve au procureur général le droit de déférer à la Cour les décisions rendues en dernier ressort qui seraient contraires aux principes du droit musulman en ce qui concerne le statut personnel, les successions et les immeubles encore soumis à la loi musulmane. Le pourvoi du Procureur général est déféré à la Chambre spécialement désignée par le règlement de la Cour d'appel. On veut que l'arrêt rendu par la Cour puisse, dans un intérêt d'équité, profiter aux parties ; d'où la double conséquence que celles-ci ont la faculté d'intervenir dans l'instance et que le pourvoi est suspensif. Au surplus, les parties peuvent toujours se prévaloir de l'arrêt rendu, alors même qu'elles ne sont pas intervenues. Nous reviendrons avec plus de détails sur ces pourvois dans les chapitres suivants : ils font l'objet du chapitre IV *bis* ajouté au décret de 1889 par le décret du 25 mai 1892 (art. 52 à 58). Ce qui précède suffit pour se rendre compte du rôle nouveau attribué à la Cour dans l'organisation actuelle : elle apparaît bien comme un pourvoi régulateur destiné à assurer à la jurisprudence des seize tribunaux d'appel le caractère d'unité qui peut lui faire défaut ; elle se trouve à ce point de vue investie d'une mission analogue à celle qu'avait en 1854 le conseil de jurisprudence musulmane ; la principale différence à noter est qu'on ne reconnaît point à la Cour ce pouvoir

exorbitant qu'avait le Conseil de rendre des décisions ayant force obligatoire en dehors de l'instance sur laquelle elles étaient intervenues. Les tribunaux d'appel s'inclineront sans doute le plus souvent devant les solutions données par la Cour, mais ils n'y seront pas légalement astreints comme dans le système de 1854.

Notons en terminant que l'organisation judiciaire du second degré telle qu'elle existe depuis le décret de 1892, n'est autre que celle que préconisait onze ans auparavant M. le premier président Zeijs : nous trouvons bien aujourd'hui, « au second degré les tribunaux civils sans distinction et au sommet la Cour devant laquelle il n'est permis de se pourvoir que dans le cas d'excès de pouvoir ou de violation de la loi ». Il est très remarquable qu'après trois remaniements successifs opérés en 1886, en 1889 et en 1892, le législateur s'est définitivement rangé à l'opinion de M. Zeijs sur ce point de législation algérienne. Nous verrons plus tard s'il en a été de même pour l'organisation judiciaire du premier degré et ce qu'il faut penser de cette organisation.

CHAPITRE II

« DE LA » COMPÉTENCE.

Nous suivrons la même marche que précédemment, c'est-à-dire que nous traiterons successivement de la compétence générale de la justice musulmane opposée à la justice française de droit commun, puis de la compétence propre de chaque juridiction musulmane en particulier.

SECTION I

COMPÉTENCE GÉNÉRALE DE LA JUSTICE MUSULMANE.

Cette section comprendra deux paragraphes. Nous reprendrons dans le premier l'étude de la compétence au point de vue des personnes ; nous nous placerons dans le second au point de vue de la matière du procès.

§ 1. — Compétence de la justice musulmane au point de vue des personnes.

En étudiant cette question dans la période précédente, nous sommes arrivé à formuler cette règle que la justice musulmane a compétence à l'égard de tous les musulmans et à l'égard d'eux seuls. Nous avons examiné les quelques exceptions qu'on avait cru devoir apporter à la règle, soit en excluant les mozabites qui sont cependant des musulmans, soit en comprenant des non

musulmans dans les matières de statut successoral ou de statut matrimonial ; nous avons vu que ces exceptions contraires aux véritables principes avaient été définitivement rejetées, et qu'à la veille du décret de 1886, la jurisprudence s'en tenait purement et simplement à la règle posée plus haut.

Montrons que cette règle est vraie sous l'empire des décrets nouveaux.

Les textes de ces décrets ne posent point à vrai dire le principe en termes exprès, mais il résulte très clairement de l'ensemble de leurs dispositions. Qu'on lise attentivement leur texte, on verra qu'ils ne s'occupent que des musulmans seuls ; soit qu'il s'agisse des principes nouveaux qui dominent la matière (chapitre 1^{er}, décret de 1886 et de 1889), soit qu'il s'agisse des règles propres à chaque juridiction (chapitres II, III et IV), le législateur raisonne toujours dans l'hypothèse où le débat s'agit entre musulmans, il ne prévoit que celle-là, preuve évidente que les juridictions qu'il institue sont seulement faites pour les musulmans, à l'exclusion des non musulmans. Voilà pour les textes.

Aucune difficulté sérieuse ne paraît avoir été soulevée dans la pratique.

Il n'y est plus question de cette prétendue exception suivant laquelle, dans les matières de statut matrimonial, la présence au débat d'un non musulman ne devait point changer la compétence (1).

Dans les matières de statut successoral on admet sans hésiter que la présence au débat du Beït-el-Mal frappe d'une incompétence radicale la juridiction musul-

(1) Voir plus haut, p. 100 et s.

mane (1). L'arrêt cité contient en outre la reconnaissance bien formelle du principe dont nous poursuivons la justification : « Attendu qu'aux termes de l'article 33 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 les tribunaux français connaissent en Algérie entre toutes personnes de toutes les affaires civiles et commerciales, à l'exception de celles dans lesquelles les musulmans sont seuls parties et qui continueront d'être portées devant les cadis ; Attendu que depuis la loi du 16 avril 1851 le Beït-el-Mal n'a pas de personnalité civile ni de nationalité indépendante de celle du domaine de l'Etat ; qu'ainsi le cadi devait se dessaisir du débat dans lequel figuraient à la fois des musulmans et des non musulmans ; que son incompétence ne provenait pas seulement de la qualité des personnes, qu'elle dérivait essentiellement de l'organisation des juridictions en Algérie et touchait à l'ordre public ; qu'elle devait être prononcée d'office ; que sans doute l'article 7 du décret du 17 avril 1889 réserve expressément aux cadis la connaissance des contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux, mais que pour être sainement entendue, cette disposition doit être exclusivement limitée aux successions dont toutes les parties sont des indigènes musulmans. »

Les considérants que nous venons de rapporter résumant toute la question et, on le voit, la Cour repousse de la manière la plus formelle toute exception à la règle générale de compétence *ratione personæ* dans la matière des successions.

Reste la question des mozabites :

(1) Alger, 26 février 1890 ; Robe, 1890, p. 192.

Nous avons vu que la solution qui prévaut dans la période précédente est celle qui assimile les mozabites hors du M'Zab aux autres indigènes musulmans et proclame par suite la compétence des juridictions musulmanes à leur égard (1).

Un jugement du tribunal de Blidah du 6 mai 1885 (2) avait pourtant repris la doctrine de l'arrêt déjà cité du 7 mai 1884 et décidé que les mozabites domiciliés en Algérie devaient être traités comme les européens étrangers, que par suite la juridiction française était seule compétente à leur égard ; mais deux ans plus tard le même tribunal (3) adoptait la solution opposée et quelques mois après, la Cour d'Alger se rangeait à cette même solution dans les termes suivants (4) : « Attendu que les mozabites hors de leur pays d'origine sont soumis en Algérie comme les autres musulmans, *d'après une jurisprudence aujourd'hui fixée de la Cour d'appel d'Alger*, aux juridictions musulmanes ».

C'est encore à cette conclusion que venait aboutir une dissertation de M. le conseiller Yvernès rapportée au journal de Robe (5). M. Yvernès après un examen critique de la thèse contraire soutenue par M. Rinn conseiller du gouvernement, montrait par une analyse très serrée des textes et des documents sur la matière que c'est en définitive le décret du 8 janvier 1870 qui constituait la loi des mozabites hors du M'Zab et qu'il résultait invinciblement de là que les mozabites hors du

(1) Voir pages 89 et s.

(2) Blidah, 6 mai 1885 ; Robe, 1887, p. 397.

(3) Blidah, 17 mars 1887 ; Robe, 1887, p. 399.

(4) Alger, 9 mai 1887 ; Robe, 1887, p. 397.

(5) *Les mozabites devant les juridictions compétentes* ; Robe, 1887, p. 445.

M'Zab se trouvaient dans la même situation que les autres musulmans conformément à la solution donnée par la jurisprudence de la Cour.

La question semblait donc bien définitivement tranchée : les mozabites hors du M'Zab n'échappaient point à la compétence des juridictions musulmanes de droit commun ; ici encore on n'admettait aucune exception à la règle générale de compétence.

Cette solution n'était point pour plaire aux mozabites qui ont une horreur instinctive pour l'institution des cadis et qui en répudient jusqu'au nom. Déjà dans l'organisation judiciaire du M'Zab on en avait tenu compte et M. le gouverneur général, dans ses instructions, décidait que le cheik de la Mosquée ne serait sous aucun prétexte dénommé cadi, qu'il conserverait son titre de cheick et serait désigné en français sous celui de président de la mahakma ibadite.

De même, en présence de la jurisprudence de la Cour d'Alger indiquée plus haut, on a donné satisfaction aux mozabites d'abord en décidant que leurs contestations de statut personnel et de droits successoraux seraient portées devant le juge de paix et non devant le cadi, par dérogation à la règle générale (art. 7, al. 2, 1^o D. 1889), puis en instituant dans les trois départements d'Alger, d'Oran, de Constantine trois cadis ibadites (décrets des 18 octobre et 29 décembre 1890) avec faculté pour les mozabites de porter devant ces cadis spéciaux les matières dont le décret de 1889 attribuait la connaissance au juge de paix.

Nous reviendrons sur ces règles en traitant de la compétence propre à chaque juridiction. Observons ici que ces dispositions législatives spéciales respectent la

solution précédemment admise. Le principe suivant lequel les mozabites hors du M'Zab doivent être assimilés non pas à des européens étrangers, mais aux autres musulmans indigènes est conservé. On ne rend point les mozabites justiciables des tribunaux français de droit commun ainsi que l'avait admis une première jurisprudence, on choisit seulement dans l'ordre des juridictions en matière musulmane celles qui paraissent convenir le mieux aux mozabites.

On le voit, le principe général de compétence *ratione personæ* s'est maintenu sans modification sous l'empire des décrets de 1886 et de 1889 ; c'est une règle admise sans exception aujourd'hui que les juridictions en matière musulmane sont compétentes au regard des musulmans et au regard d'eux seuls, et par une conséquence forcée que ces juridictions deviennent incompétentes dès l'instant où un non musulman est partie au procès. Nous avons vu la jurisprudence le décider ainsi pour le Beït-el-Mal en tant que personne non musulmane, citons-en une autre application. Un indigène musulman est déclaré en faillite, et un syndic lui est nommé ; la Cour d'Alger (1), en conclut que cet indigène cesse d'être justiciable des tribunaux musulmans attendu que toute action doit dès lors être suivie contre le syndic, qu'il y aura donc nécessairement présente au débat une personne non musulmane, et « *qu'il est de principe que les tribunaux musulmans ne peuvent connaître des affaires intéressant d'autres personnes que les musulmans indigènes ou étrangers.* »

Ce dernier « attendu » de l'arrêt marque la solution

(1) Alger, 7 décembre 1892 ; Robe, 1893, p. 211.

très simple mais en même temps très logique que cette question de droit algérien a définitivement reçue : aucune hésitation n'est aujourd'hui possible. Les principes sont fixés.

Qu'est devenue la règle suivant laquelle les musulmans justiciables d'une juridiction indigène sont cependant libres d'opter pour la juridiction française ? Elle est maintenue ; mais son application, par la force des choses, se trouve restreinte aux matières exceptionnelles pour lesquelles la juridiction des cadis est conservée : dès l'instant que d'après le système nouveau inauguré par les décrets de 1886 et de 1889 les musulmans doivent obligatoirement s'adresser au juge de paix, donc à un juge français, il est clair qu'il ne peut être question pour eux d'une option à exercer pour la justice française ; au contraire, dès qu'ils doivent s'adresser au cadi, le droit d'option reparaît et il peut comme en 1859, comme en 1866 se manifester de deux manières : l'option résultera, ou bien du commun accord des parties pour saisir la justice française, ou bien de leur soumission à la législation française.

Le premier cas est prévu par l'article 7 § 2 décret de 1886 reproduit par l'article 7 § 3 décret de 1889 et ainsi conçu :.... « Les contestations relatives au statut personnel et aux successions sont portées devant le cadi. Toutefois les parties peuvent d'un commun accord saisir le juge de paix. L'accord est réputé établi et le défendeur ne peut plus demander son renvoi devant une autre juridiction, lorsqu'il a, soit fourni ses défenses, soit demandé un délai pour les produire, soit laissé prendre jugement contre lui ».

Le second cas résulte de la combinaison des articles

3 et 6 du décret de 1886 reproduits textuellement par le décret de 1889 ; article 3 : « Dans les matières énoncées à l'article 1^{er} (il s'agit des matières réservées au cadi) les musulmans peuvent renoncer par une déclaration expresse à l'application de leurs droits et coutumes pour se soumettre à la législation française. Cette déclaration sera insérée soit dans la convention originaire, soit dans une convention spéciale ; la renonciation résulte en outre, à moins de déclaration contraire, de la réception de la convention originaire par un officier public français ». Article 6 : « Dans tous les cas où la loi française est applicable, les musulmans sont justiciables de la juridiction française ».

Ces textes très clairs ne paraissent point avoir soulevé de difficultés dans la pratique ; la jurisprudence admet cependant une distinction sur les effets produits par la réception de la convention par un officier public français ; nous reviendrons sur ce point dans le paragraphe suivant.

On remarquera que ce droit d'option tel qu'il vient d'être défini a toujours existé dans la législation algérienne ; toutes les ordonnances, tous les décrets qui se sont succédé l'ont consacré. Jamais à aucune époque on n'a imposé les juridictions indigènes aux musulmans, on les leur a simplement offertes, tout en reconnaissant pour eux, d'une manière plus ou moins libérale, suivant les époques, la faculté d'y renoncer en accordant la préférence au juge français. Nous en avons conclu, et nous n'avons rien à changer à cette conclusion, que la compétence du juge indigène au regard des musulmans est en quelque sorte une compétence de faveur et n'est point par suite une compétence d'ordre public.

Quand le juge indigène était le juge de droit commun du premier degré c'était là un caractère général de la compétence « *ratione personæ* » des juridictions musulmanes ; depuis 1886 le juge de paix fonctionne à côté du cadi comme juge du premier degré, il suit de là et d'après ce qui précède, qu'au point de vue de la nature de la compétence il y a lieu de faire une distinction : les deux juridictions musulmanes du premier degré ont sans doute au point de vue des personnes une compétence égale, mais cette compétence qui est purement facultative quand il s'agit du cadi, devient d'ordre public quand il s'agit du juge de paix ; la règle de droit commun reparaît : une juridiction étant constituée en vue d'une certaine catégorie de justiciables, il ne saurait dépendre de ceux-ci de s'adresser à une juridiction différente ; c'est l'ordre même des juridictions qui est ici en jeu et cet ordre est au-dessus de la volonté des particuliers. Nous avons vu pourquoi la règle cesse quand il s'agit de juridictions indigènes qui ne sont point à vrai dire des juridictions instituées, mais plutôt des tribunaux tolérés par pure faveur pour les musulmans.

§ 2. — Compétence de la justice musulmane au point de vue de la matière des procès.

Nous savons que la question se ramène à la détermination exacte de la sphère d'application de la loi musulmane. Là où s'applique cette loi, la justice musulmane a toujours compétence ; là où cette loi cesse de s'appliquer, il faut s'adresser tantôt à la justice française de droit commun, tantôt aux juridictions françaises spéciales « siégeant en matière musulmane » et

qui font partie suivant ce qui a été dit de la justice musulmane proprement dite ; mais l'on est sûr que le juge indigène est radicalement incompétent. C'est ce que dit clairement l'article 6, décrets de 1886 et 1889, aux termes duquel : « Dans tous les cas où la loi française est applicable, les musulmans sont justiciables de la juridiction française ».

La question d'application de la loi musulmane engage la question générale de compétence dans les termes que nous venons d'indiquer ; nous en traiterons dans ce paragraphe. Le point de savoir s'il y a lieu dans tel cas donné de s'adresser, soit au juge indigène, soit aux juridictions françaises « siégeant en matière musulmane », soit enfin aux juridictions françaises de droit commun restera à résoudre ; il trouvera sa solution dans l'étude de la section suivante. Qu'il nous suffise de bien noter dès à présent que d'après la législation actuelle, les compétences respectives de la justice musulmane et de la justice française de droit commun ne se mesurent plus exactement sur l'étendue d'application des lois musulmane et française ; cette question d'application des lois continue cependant à offrir un intérêt considérable, nous la reprenons.

Le décret de 1886 consacre en cette matière un état de choses absolument nouveau, c'est ce qu'indique le rapporteur du décret :

« Le législateur de 1866 avait posé en principe que la loi musulmane était applicable dans toutes les contestations entre musulmans, sauf convention contraire. Le décret déclare que sauf pour les matières expressément réservées, les indigènes sont soumis à la loi française ». Voici maintenant les textes d'où se dégage cette règle nouvelle :

ART. 1^{er}. — « Les musulmans résidant en Algérie non admis à la jouissance des droits de citoyen français continuent à être régis par leurs droits et coutumes en ce qui concerne : leur statut personnel, leurs successions, ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à la loi du 26 juillet 1873 ou par un titre français administratif, notarié ou judiciaire. »

ART. 2. — « Ils sont régis par la loi française pour toutes les matières non réservées par l'article précédent ainsi que pour la poursuite et la répression des crimes, délits et contraventions.

« En matière personnelle et mobilière, le juge tiendra compte, dans l'interprétation des conventions, dans l'appréciation des faits et dans l'admission de la preuve, des coutumes et usages des parties. »

ART. 3. — « Dans les affaires énoncées à l'article 1^{er}, les musulmans peuvent renoncer par une déclaration expresse, à l'application de leurs droits et coutumes pour se soumettre à la législation française. Cette déclaration sera insérée, soit dans la convention originale, soit dans une convention spéciale ; la renonciation résulte en outre, à moins de déclaration contraire, de la réception de la convention originale par un officier public français ».

Ces textes sont reproduits sans modification dans le décret de 1889.

Comme sous l'empire des décrets précédents on voit que la matière du procès peut se trouver soumise à la loi française de deux manières ; cette soumission résultera soit de la volonté des parties, soit de la loi elle-même ; elle sera conventionnelle et facultative dans le

premier cas, elle sera légale et obligatoire dans le second.

1° Des cas où la matière du procès est soumise à la loi française par la volonté des parties.

Commençons par le premier cas qui est le plus simple. Il est d'évidence qu'il concerne uniquement les matières exceptionnelles maintenues par le décret sous la loi musulmane. Les indigènes ont la faculté de soustraire ces matières à cette loi pour les soumettre à la loi française ; l'article 3 qui précède indique que leur volonté à cet égard peut se manifester de deux manières : 1° par une déclaration expresse insérée soit dans la convention originaire, soit dans une convention spéciale ; 2° par la réception de la convention originaire par un officier public français jointe à l'absence de déclaration contraire.

Quand il y a déclaration expresse aucune difficulté n'existe, il suffit d'examiner la teneur de la déclaration. Ce cas est peu pratique ; les indigènes y recourront rarement.

Le second cas donne lieu à plus d'applications, mais il présente certaines difficultés par là même qu'il s'agit d'interpréter une volonté qui ne s'affirme pas, qui se manifeste d'une manière indirecte, implicite.

Le fait par deux indigènes de faire recevoir leur convention par un officier public français emporte-t-il nécessairement cette volonté ? L'article 3 semble bien l'admettre et c'est une doctrine admise par plusieurs arrêts.

Citons en ce sens un arrêt du 8 mai 1890 (1), qui ad

(1) Alger, 8 mars 1890 ; Robe, 1890, p. 184.

met que l'intention des indigènes de contracter sous l'empire de la loi française résulte du choix d'un notaire français ; à la vérité l'arrêt, dans l'espèce, fonde également sa solution sur les formes, les clauses, les conditions, les stipulations de l'acte reçu par le notaire.

Un autre arrêt du même jour (1) le décide ainsi en se fondant uniquement, sur le fait de la réception du contrat par l'officier public français. Il s'agit d'une action en paiement de loyers entre musulmans. Cette action en tant que personnelle et mobilière tomberait en principe en vertu des articles 2 et 7 du décret sous l'application de la loi française mitigée par les coutumes et usages des parties et devant la juridiction du juge de paix, statuant en matière musulmane, mais l'arrêt dit que ce n'est pas le lieu de le décider ainsi et que la juridiction française de droit commun, dans l'espèce le tribunal d'Alger, s'est à tort déclarée incompétente attendu que la demande de loyers se fonde sur un bail reçu par un notaire français et que ce seul fait doit être considéré comme emportant volonté par les parties de se placer sous l'empire exclusif de la loi française, d'où il suit que la juridiction française de droit commun se trouvait seule compétente pour statuer.

Un jugement du tribunal d'Alger du 19 décembre 1892 (2) admet de même que les tribunaux musulmans ne sauraient connaître de la validité des clauses d'un testament dès l'instant que ce testament a été reçu par un notaire français.

On trouve à l'inverse d'autres décisions qui ne se contentent plus de la simple réception du contrat par un

(1) Alger, 8 mars 1890 ; Robe, 1890, p. 265.

(2) Trib. d'Alger, 19 décembre 1892 ; Robe, 1893, p. 60.

notaire français, en tant qu'on veut en faire résulter la soumission aux lois françaises.

Cette jurisprudence s'était fondée sous l'empire du décret de 1866 dont l'article 1^{er} ne prévoit en effet que l'hypothèse d'« une déclaration faite dans un acte ». C'est ainsi qu'un arrêt d'Alger du 28 mars 1880 (1), décidait que le fait que le titre invoqué aurait été dressé devant ou par un officier public français, ne saurait à lui seul et à défaut de déclaration expresse de volonté, emporter de plein droit renonciation à la loi musulmane.

Cette jurisprudence se retrouve même sous l'empire des textes nouveaux : deux jugements du tribunal de Blidah des 15 janvier et 13 mars 1889 et un arrêt d'Alger du 10 mars 1890 refusent absolument de déclarer soumis à la loi française un contrat entre indigènes par le seul fait qu'il a été reçu par un notaire français, ils exigent qu'une déclaration expresse de volonté à cet égard soit insérée dans l'acte. Ces décisions interviennent sur des matières de statut personnel, nous les retrouverons en traitant de ce statut.

Deux indigènes comparaissent volontairement devant le juge de paix pour faire constater leurs accords. Ce cas doit-il être assimilé à celui de la réception du contrat par un officier public français ? Un arrêt de la 1^{re} chambre du 7 décembre 1892 (2) le décide ainsi en disposant que dans ce cas spécial les indigènes font une convention régie par la loi française, tant pour les conditions de leur contrat que pour la compétence en cas de difficultés ultérieures.

(1) Alger, 28 mars 1880 ; Robe, 1890, p. 148.

(2) Alger, 7 décembre 1892 ; Robe, 1893, p. 85.

Cette solution semblerait irréfutable si les juges de paix étaient exclusivement des magistrats français, mais l'on a objecté que dans le système des décrets de 1886 et de 1889 le juge de paix en Algérie était juge au titre musulman, comme au titre français. L'on s'est demandé par suite si lorsque deux musulmans comparaissent devant lui sans expliquer que l'intervention de ce magistrat est au titre français, l'on ne devait pas présumer que les parties l'acceptent comme disposant au titre musulman ? Il faudrait en ce cas écarter la solution de l'arrêt.

Quoi qu'il en soit de ce point spécial, nous pensons que la jurisprudence rapportée en dernier lieu est la plus prévoyante : elle a peut-être contre elle le texte de l'article 3, mais elle se réclame des principes généraux du droit. C'est une règle non douteuse que les renonciations sont de droit étroit : *Nemo juri suo facile renuntiare præsumitur* et c'est surtout le cas de l'appliquer aux indigènes dont la plupart n'auront très certainement pas lu l'article précité et pourront ainsi se méprendre sur les conséquences qu'entraîne pour eux le ministère d'un officier public français. S'ils ne les ont pas prévues, si au contraire dans leur pensée elles ne devaient pas se produire, devra-t-on cependant les leur appliquer ? Nous ne le pensons pas et le plus sûr est certainement d'exiger dans l'acte une déclaration expresse ; la pratique notariale paraît d'ailleurs se fixer en ce sens.

Que si l'on ne peut faire résulter que sous réserves la soumission aux lois française du fait par les indigènes d'avoir contracté en la forme authentique française, à plus forte raison ne faudra-t-il point attacher cet effet

à la forme extérieure d'un acte sous seing privé. Il n'y a plus là présent un officier ministériel pouvant renseigner les parties sur la portée de leur acte ; de ce qu'elles lui ont donné une forme française, il serait exorbitant de conclure quelles ont entendu le soumettre à la loi française. Autre chose est la forme, autre chose est le fond.

Nous avons déjà vu la jurisprudence le décider ainsi pour un billet à ordre entre musulmans ; mais une difficulté se présente quand l'effet se trouve avoir passé en circulant aux mains d'européens. Cette circonstance à défaut de la forme de l'acte ne va-t-elle point entraîner soumission aux lois françaises et compétence des juridictions françaises pour toutes les créances se rattachant au billet, alors même que ces créances s'agiteraient entre musulmans seuls ?

Un arrêt d'Alger du 6 janvier 1865, admettait déjà que les tribunaux indigènes sont incompétents pour un litige entre indigènes si le demandeur puise son droit dans un acte commun à des européens ; un jugement du tribunal de Blidah du 12 juillet 1888 (1) statuant sur le cas spécial d'un billet à ordre s'approprie le principe en le fortifiant par des considérations tirées des règles qui régissent les effets de commerce. Le tribunal considère que l'endossement du billet au profit d'européens crée de nouveaux liens de droit entre toutes les personnes dont les noms figurent sur l'effet et que le nouveau contrat commercial ainsi formé entre des personnes de statut différent ne peut plus être apprécié dans ses conséquences juridiques quelles qu'elles soient, que par la juridiction française.

(1) Blidah, 12 juillet 1888 ; Robe, 1890, p. 401.

Le tribunal de Blidah n'apporte aucun tempérament à sa doctrine ; mais un arrêt du 17 février 1892 en admet un.

L'arrêt décide (1), que les conséquences ci-dessus déterminées doivent cesser si les européens dont les noms se trouvent sur le billet ont été désintéressés et que dans ce cas, la juridiction redevient compétente pour statuer entre les signataires musulmans, avec l'obligation d'apprécier la valeur et la portée du billet selon les usages et coutumes des parties (art. 2, § 2, D. 17 avril 1889). On peut contester cette doctrine et soutenir que le contrat une fois placé sous l'empire de la loi française, ne saurait retomber sous la loi musulmane par l'effet de cette circonstance toute spéciale relevée par l'arrêt. Tous les débiteurs de l'effet se trouvaient régis par la loi française, il y avait là pour eux une situation acquise ; comment saurait-elle être modifiée sans leur consentement et par ce fait que l'un d'eux a payé ?

2° Des cas où la matière du procès est soumise à la loi française par la volonté du législateur.

Nous devons maintenant déterminer les cas où la matière du procès se trouve régie par la loi française, non plus par la volonté des parties, mais par la volonté du législateur.

Nous avons dit que d'après le décret de 1889, cette loi s'applique en règle générale à tous les procès entre musulmans sauf pour certaines matières expressément réservées. Il nous suffira donc de reprendre chacun de ces cas exceptionnels où la loi musulmane s'applique et

(1) Alger, 17 février 1892 ; Robe, 1892, p. 136.

de nous attacher pour chacun d'eux à bien déterminer l'étendue de l'exception, c'est-à-dire la sphère exacte d'application de la loi musulmane. Tout ce qui se trouvera en dehors de cette sphère représentera nécessairement le domaine propre de la loi française.

Matières exceptionnellement réservées à la loi musulmane.

Les décrets indiquent (art. 1^{er}, décret de 1886, décret de 1889), que les matières exceptionnellement régies par la loi musulmane sont au nombre de trois. Ce sont : 1^o le statut personnel ; 2^o les successions ; 3^o les immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à la loi du 26 juillet 1873 ou par un titre français, administratif, notarié ou judiciaire. Nous reprendrons successivement les trois termes de cette énumération.

1^o Matières de statut personnel.

Les musulmans restent soumis à leurs droits et coutumes en ce qui concerne leur statut personnel ; la règle n'est pas nouvelle ; nous l'avons trouvée écrite dans tous les actes législatifs antérieurs. Nous avons montré qu'elle se justifie par ce fait que les musulmans tout en devenant sujets de la France ont conservé leur nationalité et devaient conserver par suite leur statut personnel.

Un jugement du Conseil permanent de révision d'Alger en date du 12 février 1891 (1), rappelle ce principe de la permanence du statut personnel musulman et en fait une application au mariage entre musulmans qui fait nécessairement partie du statut personnel. Ce point est sans difficulté. L'espèce du jugement est intéressante

(1) Robe, 1891, p. 176.

à retenir en ce qu'elle est susceptible de nombreuses applications pratiques : Un indigène du territoire de commandement avait été condamné à un an de prison pour attentat à la pudeur commis sur la personne de sa femme âgée de moins de treize ans ; il s'était pourvu en revision ; il invoquait l'absence d'intention criminelle dans ses relations intimes avec sa femme impubère, il se fondait sur ce que son mariage était régi par la loi musulmane et qu'il était valable aux yeux de cette loi qui autorise le mariage entre impubères. Le Conseil de revision déclare ces deux derniers points constants, mais il rejette le pourvoi par le motif, que si la coutume autorise ces sortes de mariage, du moins elle n'admet pas que la consommation matérielle puisse avoir lieu avant la puberté des contractants, qu'ainsi le mari qui a commerce avec sa femme non encore nubile et âgée de moins de 13 ans commet un attentat à la pudeur prévu et réprimé par les articles 331 et 332 du Code pénal.

Il y a là une jurisprudence qu'on ne saurait trop approuver et que les indigènes qui ont un goût marqué pour ces sortes de mariages feront bien de méditer.

Les règles relatives à la tutelle font de même partie du statut personnel, il faut donc dire que la tutelle des indigènes se trouve exclusivement régie par la loi musulmane, et c'est ce que décide un jugement du tribunal d'Alger du 24 juin 1887. On poursuivait devant le tribunal d'Alger l'homologation d'un acte du Cadi portant autorisation pour le tuteur musulman d'emprunter et d'hypothéquer au nom des mineurs. Le jugement rejette la requête en se fondant sur ce que l'autorisation donnée par le cadi est suffisante selon la loi musulmane qui régit la tutelle du mineur musulman.

Le bien hypothéqué se trouvait dans l'espèce régi par le statut musulman. La solution changerait-elle s'il s'agissait d'un immeuble français? Evidemment non; autre chose est la loi de l'immeuble, autre chose la loi de la tutelle, or c'est cette dernière seule qui est en jeu lorsqu'il s'agit de pourvoir le tuteur de l'autorisation nécessaire pour accomplir un acte, et il importe peu que cet acte concerne un immeuble français; au surplus la loi du 26 juillet 1873, sur la constitution de la propriété en Algérie, maintient formellement dans son article 7 toutes les dispositions de la loi musulmane concernant le statut personnel, c'est donc en définitive que la francisation de l'immeuble hypothéqué par le tuteur doit rester sans influence relativement aux règles de la tutelle qui sont matière de statut personnel. Cette solution qui nous paraît très juridique se trouve développée dans une dissertation de M. le conseiller Yvernès rapportée au *Journal de Robe* (1).

Les indigènes peuvent-ils renoncer à leurs lois et coutumes pour placer par le seul effet de leur volonté leur statut personnel sous la loi française? Nous avons déjà rencontré cette question. De droit commun les indigènes ne devraient point avoir ce pouvoir; cependant nous avons vu que la jurisprudence, relativement aux israélites qui étaient traités avant 1870 comme les musulmans au point de vue du statut personnel, avait fini par admettre qu'ils pouvaient renoncer au statut personnel mosaïque; que particulièrement pour le mariage cette renonciation résultait de plein droit de l'intervention de l'officier public français; que du moment que des israé-

(1) Robe, 1891, p. 209.

lites se mariaient devant le maire, leur mariage était régi par la loi française. Nous avons dit qu'il y avait même raison de décider en ce qui concerne les musulmans (1).

La jurisprudence maintient sa solution dans la période où nous sommes : un jugement du tribunal d'Alger du 21 mai 1891 et un arrêt de la Cour du 15 juin 1892 (2) décident que les israélites indigènes de l'Algérie avant le décret du 24 octobre 1870, ont toujours eu le droit de renoncer au statut mosaïque pour s'en tenir au droit commun du pays ; que l'option résulte notamment du mariage contracté devant l'officier de l'état civil français, sur la réquisition des futurs époux. L'arrêt de la Cour constate même qu'il y a là une règle de droit définitivement établie et admise sans conteste aujourd'hui.

Quelques mois avant l'arrêt de la Cour, le tribunal de Tunis en avait fait l'application à une espèce intéressant non plus un israélite mais un indigène musulman ; le tribunal avait jugé (3) que lorsqu'un indigène musulman algérien a contracté mariage devant l'officier de l'état civil français avec une femme européenne, les époux se trouvent placés sous l'empire de la loi française, leur comparution devant l'officier de l'état civil français impliquant leur intention mutuelle de soumettre leur union à cette loi.

Voilà donc une jurisprudence très fermement établie, il y a là un cas certain où les indigènes peuvent renoncer par le seul effet de leur volonté à leur statut matrimonial qui est une branche du statut personnel.

(1) V. *suprà* p. 116 et s.

(2) Robe, 1891, p. 240, et 1892, p. 266.

(3) Trib. Tunis, 23 novembre 1891 ; Robe, 1892, p. 203.

Ce cas est-il le seul? La question peut se poser en présence de l'article 3 qui autorise dans les termes les plus généraux « les musulmans à renoncer à l'application de leurs droits et coutumes pour se soumettre à la législation française ». En fait un arrêt de la Cour d'Alger du 9 avril 1894 (1) a admis que cette faculté existait sans aucune restriction même en matière de statut personnel ; que notamment la renonciation à ce statut, — il s'agit dans l'espèce d'une question de majorité, — résulte nécessairement de la réception de la convention par un officier public français ; que le musulman qui a ainsi contracté devant un notaire français, sans aucune réserve formelle de son statut personnel, ne peut demander la nullité de son obligation pour cause de minorité d'après le droit musulman s'il était alors majeur conformément à la loi française.

Mais l'avis le plus général paraît être que dans la pensée du rédacteur des décrets la faculté de renonciation consacrée par l'article 3 s'appliquait surtout aux matières de statut réel ; que malgré la généralité apparente de ce texte il faut s'en tenir fermement au principe de l'indélébilité du statut personnel, « que sans doute pour obéir à une ancienne jurisprudence entrée dans nos croyances on peut faire une exception en ce qui touche la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil français », mais qu'il faut s'en tenir là (2). Deux jugements du tribunal de Blidah des 15 janvier et 13 mars 1889, ont consacré cette solution (3).

Le tribunal reconnaît que l'article 3 consacre sans

(1) Robe, 1894, p. 245.

(2) En ce sens M. Robe, *Commentaire du décret de 1889*.

(3) Blidah, 15 janvier et 13 mars 1889 ; Robe, 1889, p. 178.

doute au profit des indigènes musulmans le droit de renoncer à leur statut personnel, mais il décide que l'acte d'où l'on voudra faire résulter cette renonciation devra être de nature à l'entraîner nécessairement, que tel sera bien le cas de la célébration du mariage devant l'officier français mais que le seul fait d'avoir passé un acte devant un notaire français, suffisant à la vérité pour entraîner renonciation à la juridiction musulmane et soumission à la juridiction française, *ne saurait emporter renonciation au statut personnel*.

Le tribunal de Blidah se trouve ici en opposition directe avec l'arrêt de la Cour.

Si l'on adopte la doctrine de ces deux jugements, qui a peut-être contre elle le texte général de l'article 3 mais qui semble la plus conforme aux principes généraux, il faudra délimiter ainsi notre premier cas d'application de la loi musulmane : cette loi régit de plein droit les matières de statut personnel, et il n'y a qu'un moyen pour les indigènes musulmans de soustraire leur statut à cette loi, c'est de faire célébrer leur mariage par l'officier de l'état civil français.

2° Les successions.

Nous arrivons au second ordre de matières expressément réservées par l'article 1^{er} à l'application de la loi musulmane, ce sont les successions. Quelle est ici la sphère d'application de la loi musulmane ?

Prenons les textes :

Nous avons déjà rencontré l'article 7, loi du 26 juillet 1873 aux termes duquel : « Il n'est point dérogé par la présente loi.... aux règles des successions des indigènes entre eux ». Le texte nouveau pour la période actuelle

est le suivant : article 1^{er}, décrets de 1886 et 1889 : « Les musulmans.... continuent à être régis par leurs droits et coutumes en ce qui concerne.... leurs successions ».

Cette formule employée par l'article 1^{er} des décrets est aussi générale que celle de l'article 7 loi de 1873. Elle soulève donc la même question : la loi musulmane s'applique-t-elle à tout ce qui touche aux successions ? Y a-t-il au contraire des distinctions à faire ?

Nous avons dans la période précédente trouvé la jurisprudence hésitante entre les deux solutions : certains arrêts n'assignaient aucune limite à l'application de la loi musulmane en cette matière, d'autres au contraire étaient entrés dans la voie d'une distinction : parmi les règles des successions ils distinguaient celles qui ont trait à la dévolution des biens et celles qui s'occupent principalement des personnes ; et à ces dernières seules ils appliquaient le principe du maintien de la loi musulmane. (1)

C'est cette dernière solution qui a définitivement triomphé et qui paraît aujourd'hui acceptée sans conteste par la doctrine et la jurisprudence. Ce que le législateur a entendu conserver et respecter dans la matière des successions, c'est le fond du droit de la coutume musulmane, en tant qu'il règle l'ordre, la capacité héréditaire. A quelles conditions on est héritier de quelqu'un, quel est le rang des héritiers, les distinctions à faire entre eux, l'ordre dans lequel ils arrivent, les droits, la part de chacun d'eux, voilà autant de questions qui devront toujours être résolues conformément à la loi musulmane. Quelle que soit la nature des biens, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, quelle que soit la

(1) V. *suprà*, p. 158 et s.

qualité des immeubles, qu'ils soient terre française ou terre arabe, il n'importe ! Dès l'instant qu'il s'agit d'une succession musulmane, c'est suivant la loi musulmane que doivent toujours être réglées ces questions de capacité, d'ordre héréditaire, et cela aux termes des articles précités. Tel est le sens de ces textes, telle en est la portée. C'est là ce qui fait le fond du statut successoral. Ce côté du statut tient aux conditions de l'état civil, à l'organisation de la famille, aux mœurs et aux usages du peuple arabe, il fallait le maintenir, et c'est ce qu'ont fait nos textes. Il ne faut pas étendre davantage la règle, et l'on doit s'attendre à rencontrer dans les autres parties des successions des principes fort différents. Le législateur algérien a cru faire une concession suffisante aux Arabes en laissant soumis à leur loi les divers points qui précèdent, il ne s'est point interdit de poser des règles nouvelles, soit en ce qui concerne le caractère des immeubles héréditaires, soit pour les formes de transmission de ces biens, soit pour la compétence des fonctionnaires, des juridictions appelées à connaître des successions. La loi de 1873 est venue imprimer le caractère français à certains immeubles ; de même les décrets de 1886, de 1889, de même encore la loi du 28 avril 1887 ont modifié la compétence des juridictions, les procédures à suivre, les règles en matière de licitation et de partage ; mais tout cela, d'après ce qui précède, ne fait point échec au maintien du statut successoral ; le législateur a substitué une forme à une autre, un agent à un autre agent pour la rédaction des actes, un magistrat à un autre magistrat et cependant il reste vrai de dire avec l'article 1^{er} de nos décrets que les musulmans conservent leur loi en ce qui con-

cerne les successions, parce que le fond de leurs successions, le statut successoral tel que nous l'avons défini, est respecté.

Il ne faudra donc point chercher à battre en brèche les règles nouvelles introduites en matière de francisation d'immeubles, de compétence, de procédure par les décrets et lois cités plus haut, au moyen du principe du maintien du statut successoral écrit dans les textes qui nous occupent, car ces règles nouvelles et ce principe ont une sphère d'application distincte, celles-là, pour ainsi dire extérieures au statut successoral, celui-ci au contraire exclusivement applicable à ce statut.

Cette distinction à faire entre les règles des successions pour circonscrire l'application de la loi musulmane n'apparaît pas à vrai dire dans les deux textes que nous avons cités, article 7, loi de 1873, et article 1^{er} des décrets de 1886 et de 1889. Mais elle est faite au moins implicitement dans d'autres articles de nos décrets ; c'est d'abord l'article 7 du décret de 1889 qui restreint la compétence du *cadi* aux contestations relatives au statut personnel et *aux droits successoraux* ; il y a, nous le savons, un lien nécessaire entre la compétence du juge indigène et l'application de la loi musulmane : or, pour quelles matières cette compétence a-t-elle lieu ? Le texte de l'article 7 modifié en 1889, est formel, c'est pour les droits successoraux, en d'autres termes, pour la capacité héréditaire. De même l'article 52 du décret visant dans son alinéa 2, les successions qui doivent être liquidées, partagées par les notaires français ajoute « *Les droits successoraux* sont établis conformément aux prescriptions du droit musulman ». On le voit, ce qui est réservé dans ces textes à l'application de la loi musul-

mane, ce ne sont pas les successions en général, ce sont seulement les droits successoraux ; il y a là en quelque sorte une interprétation législative du principe du maintien de la loi musulmane en ce qui concerne les successions (1).

Voilà pour la doctrine ; prenons maintenant la jurisprudence, elle donne la même solution.

Un jugement du tribunal de Mostaganem du 13 octobre 1888 (2) avait sans doute décidé que les décrets de 1886 et de 1889 attribuaient une compétence générale aux cadis pour toutes les contestations relatives aux successions ; que seules les opérations de compte, liquidation, partage des successions immobilières, leur étaient enlevées pour être confiées à des notaires français, mais que le contentieux successoral revenait en tous les cas au cadi, alors même qu'il s'agissait de difficultés relatives aux opérations réservées à des notaires français.

Le jugement admettait, par ces motifs, que la matière des successions se trouvait soumise dans toutes ses parties et sans aucune réserve à la loi musulmane, puisque c'est là on le sait la condition *sine qua non* de la compétence des cadis, mais la doctrine de ce jugement n'a pas été suivie et nous voyons les autres tribunaux ainsi que la Cour entrer nettement dans la voie d'une distinction qui est posée dans les termes mêmes que nous avons indiqués plus haut. C'est d'abord un

(1) En ce sens : Robe, *Commentaire de la loi du 26 juillet 1873* sur l'article 7 ; Note de M. le Conseiller Yvernès, rapportée dans le *Journal de Robe*, année 1892, p. 443.

(2) Mostaganem, 13 octobre 1888, Robe, 1889, p. 463.

arrêt du 1^{er} janvier 1888 (1) dans lequel nous relevons les principaux « attendus » suivants :

« Attendu que s'il est vrai que le décret du 10 septembre 1886 (la solution reste la même sous le décret de 1889 qui n'a rien changé à cet égard) réserve aux Cadis le droit de juger les litiges relatifs aux successions, c'est seulement lorsque la contestation porte sur la qualité des héritiers et sur leur capacité successorale....; que lorsqu'il s'agit au contraire de difficultés relatives aux biens qui composent la succession ce sont les magistrats français qui sont compétents pour en connaître; attendu que décider autrement serait laisser aux cadis le droit de statuer sur des questions mobilières ou immobilières qui ont été formellement soumises à la juridiction des magistrats français par le décret du 10 septembre 1886 ».

Ici encore l'arrêt statue au point de vue de la compétence, c'est la forme pratique sous laquelle se présente dans la jurisprudence, notre question de l'application de la loi musulmane en matière successorale; mais en indiquant l'étendue de la compétence du cadi, l'arrêt détermine ce qui est réservé dans ces matières à la loi musulmane.

Les mêmes principes se retrouvent dans deux arrêts postérieurs de la Cour en date des 7 décembre 1891 et 17 octobre 1892 (2).

Ces arrêts ont besoin en passant d'indiquer la compétence des cadis en matière de succession, ils s'expriment ainsi : « Attendu que, à la vérité, les questions

(1) Alger, 1^{er} janvier 1888; Robe, 1888, p. 189.

(2) Alger, 7 décembre 1891; Robe, 1892, p. 12. Alger, 17 octobre 1892; Robe, 1892, p. 443.

relatives aux droits successoraux des musulmans ont été réservées à la juridiction musulmane par la législation en vigueur ; attendu que c'est à tort que les premiers juges, s'appuyant sur l'article 7 de la loi de 1873, ont décidé que la juridiction musulmane était seule compétente pour connaître de la valeur d'un habbous affectant des immeubles ; *que les réserves apportées par cet article ne s'appliquent qu'au statut personnel* ».

On peut dire qu'il y a là une question définitivement jugée ; la controverse est éteinte : le maintien de la loi musulmane en matière de successions se réfère seulement à l'ordre héréditaire, à la capacité, à la qualité d'héritier, en un mot à tout ce qui a trait au statut personnel en sorte que ce second cas d'application de la loi musulmane n'est qu'une conséquence du premier, et quand après avoir dit que les musulmans conservent leurs droits et coutumes en ce qui concerne leur statut personnel, l'article 1^{er} des décrets, déclare qu'ils les conservent également en ce qui concerne leurs successions, il ne donne pas une extension nouvelle à la loi musulmane, il ne fait que réserver à cette loi ce qui, dans les successions, a trait au statut personnel ; le second terme de l'énumération n'ajoute rien au premier.

Les musulmans vont-ils maintenant pouvoir soustraire à la loi musulmane ce que le législateur a réservé à l'application de cette loi ? Pourront-ils à leur gré et par le seul effet de leur volonté changer l'ordre de leur statut successoral, déclarer par exemple que leurs héritiers seront appelés dans l'ordre et pour les parts que fixent non pas la loi musulmane mais les lois françaises, que la réserve, que la quotité disponible sera réglée non par le Coran mais par le Code civil ?

Cette faculté peut paraître excessive ; il semble exorbitant qu'un musulman, tout en restant musulman, puisse substituer à son statut successoral un autre statut. Ce sont là matières de statut personnel et toutes les raisons que nous avons déjà déduites pour repousser en thèse générale la possibilité d'une renonciation à ce statut se retrouvent ici et militent avec la même force contre cette solution. « Cependant, comme l'a écrit M. Robe, dès l'instant où nous admettons que le musulman peut sans naturalisation placer son mariage et les effets de ce mariage sous le régime de la loi française, nous sommes conduits à admettre qu'il peut décider que son hérité sera réglée selon le statut successoral français ». Cette première concession faite par la jurisprudence, en matière de mariage et qui semble définitivement admise conduit par analogie à en faire une autre dans la matière qui nous occupe.

C'est ainsi qu'un jugement du tribunal de Blidah du 13 mars 1889 (1) a pu décider que « l'expression *convention* dans l'article 3 du décret de 1886 (et la solution ne changerait pas avec le décret de 1889 qui ne modifie rien à cet égard) n'a pas un sens restrictif mais général ; que cette disposition du décret doit être considérée comme s'appliquant à tous les actes de la vie civile destinés à constater la volonté des musulmans ; que spécialement le testament reçu aux minutes d'un notaire français par lequel une femme musulmane a déclaré expressément vouloir adopter la loi française entraîne la renonciation prévue et visée à l'article 3 du décret de 1886 ».

Telle sera donc en définitive la sphère d'application

(1) Robe, 1889, p. 178.

qu'il faut reconnaître à la loi musulmane en ce qui concerne les successions : cette loi régit le statut successoral, c'est-à-dire l'ensemble des règles relatives aux personnes qui succèdent et il est d'ailleurs loisible au *de cuius* d'écarter l'application de cette loi par l'un des modes de renonciation prévus à l'article 3.

Citons pour terminer un texte commun aux deux premiers cas d'application de la loi musulmane que nous venons d'étudier. C'est l'article 4 (rédaction du décret de 1889) aux termes duquel : « En ce qui concerne le statut personnel et les successions, les musulmans sont régis par les coutumes de leur pays d'origine, ou par les coutumes du rite spécial auquel ils appartiennent ».

3° Immeubles non francisés.

Le troisième et dernier ordre de matières auquel est réservée l'application de la loi musulmane se trouve ainsi défini par l'article 1^{er} de nos décrets : « Les musulmans continuent à être régis par leurs droits et coutumes en ce qui concerne..... ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à la loi du 26 juillet 1873 ou par titre français administratif, notarié ou judiciaire ».

Cette question de l'application de la loi musulmane aux immeubles n'est pas nouvelle pour nous ; nous l'avons rencontrée déjà dans la période qui précède et nous avons été amenés à reconnaître les points suivants :

Par une dérogation considérable au droit commun, le législateur a maintenu sous la loi musulmane les portions du sol algérien restées depuis la conquête aux mains des indigènes ; et ces portions de territoire ainsi possédées au titre arabe sont restées soumises en prin-

cipe à la juridiction musulmane. Deux statuts réels ont de la sorte coexisté sur le sol algérien : il y a eu d'une part des immeubles au titre arabe, d'autre part des immeubles au titre français, chacun avec leur loi, leur juridiction, leur manière d'être propre. De graves inconvénients sont résultés de cette dualité de statuts réels qui constitue un état de choses anormal, absolument contraire au droit commun. Frappé de ces inconvénients, le législateur algérien s'est efforcé de restreindre l'application du statut réel musulman. Son but, tel qu'il se révèle dans la loi fondamentale de 1873 est tout en respectant les droits acquis d'arriver dans un avenir prochain à la francisation complète de tout le territoire. Cette œuvre de francisation n'est accomplie qu'à demi. Quels sont donc les immeubles aujourd'hui soumis à la loi française ? Comment le sont-ils devenus ? Depuis quand le sont-ils ? Nous avons cherché la réponse d'abord dans le texte général de l'article 2 de la loi de 1873 puis dans les principes généraux du droit. Ces principes nous ont amené à reconnaître qu'en dehors des cas textuellement prévus par l'article 2 il en existe d'autres où l'immeuble se trouve soumis à la loi française, qu'en outre et pour certains cas prévus cette soumission à la loi française s'est produite dès avant l'époque indiquée au texte (promulgation de la loi de 1873). Sur plusieurs des points qui précèdent nous avons rencontré des controverses souvent très vives dans la jurisprudence. (1)

La question dans son ensemble reste la même sous l'empire des décrets de 1886 et de 1889. Nous n'aurons donc point à revenir sur les indications générales pré-

(1) V. sur l'ensemble de la question *suprà*, p. 125 et s.

cédemment données et dont le résumé précède. Nous reprendrons l'étude de la question dans le même ordre et il nous suffira de signaler chemin faisant l'état de la jurisprudence en indiquant les solutions qui sont définitivement admises ou qui tout au moins tendent à prévaloir. Notre but sera toujours de déterminer l'étendue d'application de la loi musulmane aux matières immobilières, ainsi que nous l'avons fait dans les paragraphes précédents pour les matières de statut personnel et les successions.

Citons comme point de départ un arrêt d'Alger du 25 novembre 1890 (1), qui constate encore à l'heure actuelle l'existence d'immeubles musulmans sur le sol algérien et qui indique en même temps l'ensemble des conditions requises pour que ces immeubles demeurent soumis aux juridictions musulmanes :

« Attendu que la terre, objet de la présente instance, se trouve située en dehors des limites du territoire soumis à l'application de l'ordonnance du 21 juillet 1846... ; que depuis, ce territoire n'a été ni sénatus-consulté, ni soumis à l'application de la loi du 26 juillet 1873 ; que ces terres sont donc situées dans un territoire qui n'est pas soumis encore à la loi française, qu'il n'y a pas non plus de titres français qui les concerne, et que toutes les parties en cause sont indigènes algériens musulmans ; qu'il n'appartient point dès lors aux juridictions de droit commun de connaître de ce litige ».

L'immeuble est soumis à la loi musulmane, toutes les parties en cause sont des indigènes musulmans ; les deux grandes conditions requises pour qu'un litige soit

(1) Alger, 25 novembre 1890 ; Robe, 1890, p. 463.

de la compétence des juridictions spéciales sont donc remplies ; l'arrêt le constate et il en conclut que, s'agissant d'ailleurs d'une question de compétence *ratione materiæ* et par suite, d'ordre public, les juridictions de droit commun sont radicalement incompétentes pour connaître du litige.

L'arrêt est intéressant en ce qu'il résume dans les « attendus » que nous avons rapportés les trois conditions nécessaires pour qu'un immeuble demeure soumis à la loi musulmane : *a*) il faut que l'action s'agite entre indigènes musulmans (arg. art. 2-1°, loi de 1873) ; *b*) il faut que le territoire dont l'immeuble fait partie ne se trouve pas lui-même soumis à la loi française, soit par l'un des modes spécialement prévus par les textes (art. 2-2°, loi de 1873), soit par l'un de ceux qu'on tire des principes généraux ; *c*) il faut enfin que l'immeuble n'ait fait l'objet d'aucun titre français (art. 2, § 3, loi de 1873 et argument de ce texte).

Nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit précédemment en ce qui concerne la première condition.

En ce qui concerne la seconde, nous avons vu que par interprétation du paragraphe 2 de l'article 2 de la loi de 1873, on est conduit à admettre que tous les territoires où la propriété se trouve parfaitement délimitée, spécialement les villes et leurs banlieues, doivent être considérés aujourd'hui et depuis la promulgation de cette loi comme soumis aux lois françaises. Nous avons rencontré une longue suite d'arrêts proclamant ce principe et nous avons montré par quelles déductions la jurisprudence, en cela d'accord avec la doctrine, avait été amenée à le décider ainsi. Un jugement du tribunal de Blidah du 4 octobre 1888 fait une application intéressante de

cette règle en décidant que les immeubles dépendant du territoire d'une commune de plein exercice en Algérie font de plein droit partie du statut réel français (à supposer qu'ils ne soient pas déjà Français en vertu d'un titre judiciaire notarié ou administratif) à partir du jour où le décret érigeant la commune en commune de plein exercice devient exécutoire en Algérie. Le tribunal de Blidah étaie sa solution (1) sur les principaux arguments déjà donnés par la jurisprudence antérieure et qu'il expose avec beaucoup de force dans son remarquable jugement; il en ajoute un, tiré d'une loi nouvelle, de la loi du 28 avril 1887, modificative « *in parte quâ* » de la loi de 1873. Le tribunal remarque que le législateur de 1887 a implicitement admis ce principe jurisprudentiel, que là où la propriété est parfaitement connue et délimitée, là s'applique le statut réel français; l'argumentation est très serrée, le voici: « Attendu qu'aux termes de l'article de la loi modificative de 1887, les seuls territoires où la propriété devra désormais être reconnue et constituée par les opérations des commissaires-enquêteurs sont les territoires des tribus et des douars, c'est-à-dire les territoires purement indigènes appartenant encore au statut réel transitoire indigène; attendu qu'en omettant à dessein de comprendre dans les territoires qui resteront à vérifier désormais, les centres de population européens qui ont été érigés successivement en communes de plein exercice, depuis l'ordonnance du 21 juillet 1846 et la loi du 26 juillet 1873 jusqu'au 28 avril 1887, le législateur reconnaît donc bien, par là même que tous ces territoires n'ont plus à

(1) Voir Blidah, 4 octobre 1888; Robe, 1890, p. 289.

être reconnus ; attendu dès lors qu'il est au-dessus de toute controverse que, depuis la loi du 26 juillet 1873, et au moins depuis la loi du 28 avril 1887, le territoire de toutes les communes fait partie intégrante du statut réel français en Algérie. »

La question est définitivement jugée ; on est d'accord aujourd'hui pour donner toute cette portée à la règle que pose en termes étroits l'article 2 § 2 de la loi de 1873.

Venons à la troisième condition : il faut enfin avouons dit avec l'arrêt de la Cour du 25 novembre 1890, pour qu'un immeuble soit musulman, qu'il n'ait fait l'objet d'aucun titre français.

Ici encore le texte de la loi de 1873 (art. 2 § 3) n'avait pas une aussi grande portée ; il visait seulement les titres de propriété délivrés en exécution de la loi de 1873, et il déclarait soumis aux lois françaises les immeubles qui en font l'objet au fur et à mesure de la délivrance des titres. Mais nous avons vu la jurisprudence et la doctrine étendre ce texte en deux sens différents et tout d'abord on s'est trouvé d'accord pour étendre à tout titre français, ou mieux à tout titre émanant de l'autorité publique française l'effet attribué par le texte aux titres de la loi de 1873.

Les titres français auxquels on a reconnu ce privilège de faire entrer l'immeuble auquel ils s'appliquent dans le statut réel français étaient, nous le savons, les titres administratifs, notariés ou judiciaires. Il y avait là une solution déduite des principes généraux du droit en l'absence d'un texte formel ; mais ce texte existe aujourd'hui, c'est l'article 1^{er} des décrets de 1886 et 1889 que nous avons déjà transcrit et qui après avoir parlé des immeubles « dont la propriété n'est pas établie confor-

mément à la loi du 26 juillet 1873 » ajoute « ou par un titre français administratif notarié ou judiciaire » montrant très clairement par là que ces deux sortes de titres sont équivalents et doivent être assimilés dans leurs effets.

Il est donc très remarquable que sur ce point encore le législateur de 1886 et de 1889, est venu consacrer par un texte une solution admise dès avant cette époque par interprétation.

Cela même démontre l'exactitude de la solution dont il s'agit et il est clair, qu'aujourd'hui qu'elle est écrite dans la loi, personne ne peut la contester ; il y a cependant des difficultés de détail que nous devons examiner.

Le titre français judiciaire francise l'immeuble auquel il s'applique. Mais faut-il dans cet ordre d'idées considérer comme tel un jugement rendu par les tribunaux français en matière musulmane, c'est là une première question.

Un arrêt du 17 mars 1891 (1), s'est prononcé pour l'affirmative en se fondant sur ce qu'un tel jugement « émané d'un tribunal français, est conservé dans les archives d'un greffe français et a tous les caractères d'un titre français ». Mais on a réfuté sans peine cette argumentation : Il existe en Algérie deux justices distinctes, la justice française et la justice musulmane consacrées l'une et l'autre par des décrets ; elles ont chacune leur compétence, leur procédure propres, quoique leurs décisions soient quelquefois rendues par le même tribunal, que par suite les minutes des jugements

(1) Alger, 17 mars 1891 ; Robe, 1891, p. 147.

soient déposées dans le même greffe. Aux termes du décret du 13 décembre 1866 portant organisation des tribunaux musulmans, la justice musulmane est administrée non seulement par les cadis, mais encore par les juges de paix, par les tribunaux de première instance et par la Cour d'Alger. Les deux derniers décrets, celui du 10 septembre 1886 et celui du 17 avril 1889 intervenus sur l'organisation de la justice musulmane en Algérie, ont maintenu sur ce point le principe proclamé par le décret de 1866. D'où il suit que toute décision rendue soit par un cadi, soit par un juge de paix ou par tout autre tribunal français, en premier ou en dernier ressort, par application des décrets sur la justice musulmane, est une décision qui émane non de la juridiction française mais de la juridiction musulmane. Il importe donc fort peu que la minute du jugement soit conservée dans les archives d'un greffe français ; du moment que le litige est de la compétence du juge musulman non de la compétence du juge français, le jugement sera un titre musulman et ne saurait devenir un titre français quand bien même seraient français et le magistrat qui l'a prononcé et le greffier qui en garde la minute. (1)

Les jugements et arrêts rendus en matière musulmane par des juges français, conformément aux dispositions du décret réglementaire de la justice musulmane, ont si peu le caractère de titres français qu'ils ne peuvent être exécutés que selon les règles de la loi musulmane par les soins des cadis, non selon la procédure ordinaire, et que le porteur d'un de ces jugements ou arrêts ne saurait valablement prendre sur les biens de la partie condamnée une hypothèque judiciaire. Comment est-il

(1) Note sous l'arrêt ci-dessus.

possible dès lors de reconnaître à de semblables décisions, le caractère du titre français ?

Ce sont les termes mêmes d'une note de jurisprudence insérée à la suite de l'arrêt du 17 mars 1891. La réfutation de la doctrine de l'arrêt était péremptoire ; cette doctrine a été abandonnée par la jurisprudence postérieure qui en se fondant sur les divers arguments qui viennent d'être rapportés et principalement sur le dernier tiré des modes d'exécution, décide conformément à la note ci-dessus que les arrêts rendus par la Cour d'Alger, chambre musulmane, ne sont pas des titres français dans le sens de la loi du 26 juillet 1873 (1).

Il y a là encore un point de jurisprudence définitivement fixé ; la controverse est éteinte, les véritables principes ont prévalu.

Que si les décisions rendues même par les tribunaux français en matière musulmane ne constituent pas le titre judiciaire français prévu par la loi de 1873 et par l'article 1^{er} de nos décrets, à l'inverse tout jugement, tout acte émané d'un tribunal français siégeant en matière ordinaire et intervenu à l'occasion d'un immeuble musulman a pour effet de franciser cet immeuble, de le faire entrer dans le statut réel français. Un arrêt du 28 janvier 1892 (2) le décide ainsi pour l'adjudication d'un immeuble musulman grevé d'hypothèque et de rhanja survenue sur licitation poursuivie devant un tribunal français ; c'est une application faite à ce cas spécial du principe non douteux que nous venons de rappeler.

De même que le titre judiciaire, le titre notarié a pour

(1) Alger, 2 novembre 1891 ; Robe, 1892, p. 114. Alger, 4 avril 1894, Robe, 1894, p. 115.

(2) Alger, 28 janvier 1892 ; Robe, 1892, p. 21.

effet nous le savons, de franciser l'immeuble auquel il s'applique : les notaires agissent d'ailleurs toujours au titre français, jamais au titre musulman, c'est dire que la distinction précédemment faite n'a plus sa raison d'être ici et par là même, dès l'instant qu'un notaire passe un acte relativement à un immeuble musulman il faut dire sans hésitation, sans erreur possible, que l'immeuble devient français. Observons qu'il n'est point nécessaire que l'acte notarié ait pour objet soit la totalité de l'immeuble, soit l'intégralité du droit de propriété sur cet immeuble ; l'immeuble ne saurait se trouver régi à la fois par deux statuts différents, d'où il suit que dès l'instant que par l'effet d'un acte notarié il se trouve touché dans l'une quelconque de ses parties par le statut réel français, il passe tout entier sous ce statut.

Nous trouvons dans la jurisprudence deux applications principales de cette idée :

Une hypothèque a été constituée sur une terre arabe ; le tribunal de Blidah décide (1), que par l'effet même de cette constitution d'hypothèque la terre s'est trouvée soumise au statut réel français d'une façon définitive ; que le caractère français imprimé à la terre est désormais indélébile, et la suit depuis cette époque quelles que soient les mains dans lesquelles les mutations de propriété accomplies la feraient passer, fût-ce entre des mains musulmanes.

De même, un immeuble appartient par indivis à plusieurs indigènes ; un européen acquiert par acte notarié une partie indivise de cet immeuble, le tribunal de

(1) Blidah, 8 novembre 1888 ; Robe, 1889, p. 117.

Blidah juge encore (1) que cette acquisition a pour effet de soumettre l'immeuble à la loi française même pour la partie indivise non vendue et qu'ainsi l'immeuble est devenu définitivement français.

La Cour sur l'appel relevé contre le jugement du 13 mars décide encore dans le même sens (2).

Venons au titre administratif et demandons-nous si le séquestre établi par l'Etat sur des immeubles indigènes a pour objet de les faire entrer dans le statut réel français.

Deux jugements du tribunal de Blidah en date des 17 juillet 1889 et 29 mai 1890 (3) ont admis sans hésiter l'affirmative. C'est là, disent ces jugements, un point au-dessus de toute controverse.

Il faut cependant faire une réserve, ou tout au moins une précision à cet égard : le séquestre est une mesure essentiellement provisoire dont la mainlevée notamment peut effacer tous les effets, en les faisant considérer comme n'ayant jamais existé ; il prépare et précède, mais il ne réalise point par lui-même la réunion des terres séquestrées au domaine de l'Etat. Il ne constitue par lui seul qu'une simple dépossession par mesure politique, n'entraînant pas de conséquences directes et immédiates quant à la condition juridique définitive des biens qu'il frappe. Pour établir la francisation de l'immeuble en suite de séquestre, ce n'est donc pas le seul arrêté de séquestre qu'il convient de considérer, mais ce qui l'a

(1) Blidah, 13 mars 1889 ; Robe, 1889, p. 275 ; Blidah, 8 mai 1889 ; Robe, 1889, p. 398.

(2) Alger, 14 janvier 1892 ; Robe, 1892, p. 230.

(3) Blidah, 17 juillet 1889 ; Robe, 1890, p. 196 ; Blidah, 29 mai 1890 ; Robe, 1890, p. 363.

suivi. Les biens frappés de séquestre ont-ils été, dans les conditions et délais de l'ordonnance du 28 novembre 1845, réunis au domaine de l'Etat ; ont-ils fait l'objet d'actes administratifs français manifestant l'exercice des droits de propriété passés à l'Etat ? Voilà les faits qui constituent les véritables points de départ de la francisation et dont la constatation est par conséquent nécessaire (1).

Il nous reste à parler d'une difficulté commune aux trois sortes de titres judiciaire, notarié, administratif qui produisent la francisation des immeubles : elle est relative, on le sait, à l'époque à compter de laquelle cette francisation se produit. Depuis la loi du 26 juillet 1873, il n'y a pas de doute, c'est à compter de l'acte lui-même. Mais pour la période antérieure à cette loi, on ne s'accorde plus : est-ce toujours à compter de la date des titres, est-ce seulement à partir de la promulgation de la loi de 1873 ? Nous avons rencontré déjà cette controverse ; nous avons indiqué les termes dans lesquels elle se pose ; nous avons vu qu'à la veille du décret de 1886 la solution qui prévaut en jurisprudence est celle qui ne fait remonter la francisation des immeubles ayant fait l'objet de titres français antérieurs qu'à la promulgation de cette loi (3).

Montrons que la jurisprudence persévère dans cette voie.

On trouve bien comme dans la période précédente quelques décisions en sens contraire ; on peut citer deux jugements de tribunaux de 1^{re} instance (2), deux arrêts

(1) (Note sous le jugement précité du 29 mai 1890.)

(2) Blidah, 30 avril 1890 ; Robe, 1890, p. 227. Oran, 16 juin 1890 ; Robe, 1891, p. 165.

(3) V. *suprà* p. 151 et s.

de la Cour d'Alger (1) et enfin un arrêt de la Cour suprême (2).

Tous ces jugements et arrêts décident très positivement que l'immeuble objet de l'un des actes qui nous occupent devient français du jour même de l'acte et dès avant la promulgation de la loi de 1873, s'il s'agit d'un acte antérieur à cette loi.

Les considérants du jugement du tribunal de Blidah sont surtout à retenir :

« Attendu en fait que la conquête de Laghouat eut lieu en décembre 1852 ; que dès les 25 janvier et 15 février 1853 étaient pris les arrêtés du séquestre qui faisaient passer dans les mains du domaine de l'État les immeubles appartenant aux indigènes qui en faisaient l'objet *et les faisaient entrer ainsi dans le statut réel français*.
..... Attendu que tout immeuble français où qu'il se trouve, fût-ce dans les régions sahariennes, fût-il possédé par des indigènes musulmans, mais en vertu de titres français judiciaires, notariés ou administratifs, est de plein droit pour sa conservation et sa transmission protégé par les lois de la France, partout où flotte son drapeau, en vertu du principe de la souveraineté nationale consacré par l'article 3 du Code civil ; attendu qu'en Algérie ce principe pourtant incontestable n'en recevait pas moins de continuelles atteintes ; qu'ainsi l'article 10 de l'arrêté du 28 mai 1832, l'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842, l'article 16 de la loi du 16 juin 1851 réservaient d'une manière générale aux musulmans leurs lois pour leurs transactions immobi-

(1) Alger, 12 décembre 1887 ; Robe, 1888, p. 21. Alger, 16 janvier 1888 ; Robe, 1888, p. 379.

(2) Cass. req., 19 juin 1889 ; Robe, 1889, p. 281.

lières sans distinguer entre les melks arabes et les immeubles entrés dans le statut réel français que pouvaient retenir ou acquérir les indigènes ; que par suite d'une interprétation trop générale de ces dispositions, l'Administration en était même venue jusqu'à faire imprimer au dos des titres de concession émanant de l'Etat français et faites à des indigènes, une clause qui soumettait l'immeuble ainsi entré dans le statut réel français à la juridiction islamique des cadis ; que l'administration consacrait là par son erreur d'interprétation une véritable monstruosité et faisait absolument échec à la souveraineté française et au Code civil, et que cette règle n'était évidemment applicable qu'aux melks arabes seulement ; attendu que le législateur du 26 juillet 1873 est venu, en rendant hommage au principe primordial et préexistant de l'article 3 du Code civil, mettre une fin à ces anomalies en reconnaissant dans ses articles 1 et 2, que les immeubles entrés dans le statut réel français, même se trouvant en des mains musulmanes étaient quant à la conservation et à la transmission de la propriété régis par la loi française ; attendu que le législateur ne faisant là que reconnaître un principe préexistant, n'innovait nullement en rappelant que le Code civil devait être observé ».

Ce dernier « attendu » marque le point saillant, le trait caractéristique du système qui paraît très fortement établi par le jugement de Blidah.

Nous devons cependant reconnaître que ce système, qui avait déjà succombé dans la jurisprudence antérieure à 1886 n'arrive point à prévaloir. Les décisions que nous avons rapportées demeurent à l'état d'exception.

Un arrêt de la Cour d'Alger du 1^{er} juillet 1889 rendu

sous la présidence de M. le premier président Zeys allait encore jusqu'à reconnaître (1) que cette question de francisation pour la période antérieure à la loi de 1873 pouvait demeurer douteuse en présence de l'article 16 de la loi du 16 juin 1851. Mais la jurisprudence postérieure de la Cour tranche ce doute par la négative, tous les arrêts rendus sur la matière depuis le 1^{er} juillet 1887 admettent cette solution.

Nous en trouvons sept, rendus au cours des années 1889, 1890, 1891, 1892 et 1893 (2). Tous ces arrêts sans exception admettent qu'avant la loi de 1873 un immeuble quoique ayant fait l'objet d'un titre français n'était point entré dans le statut réel français, en ce sens que toutes transactions entre indigènes relatives à cet immeuble continuaient à être régies par la loi musulmane suivant le principe écrit dans l'article 16 de la loi du 16 juin 1851.

Une Cour de France, celle de Nîmes, statuant après cassation comme Cour de renvoi, s'est prononcée dans le même sens (3). Enfin la Cour suprême dans un arrêt récent (4) a abandonné sa jurisprudence antérieure et est venue consacrer de son autorité la solution qui avait déjà prévalu devant la Cour d'Alger et devant la Cour de Nîmes.

« Attendu, porte l'arrêt d'Alger, du 22 février 1890 que sous l'empire de la loi de 1851, les immeubles ac-

(1) Alger, 1^{er} juillet 1889 ; Robe, 1889, p. 381.

(2) Alger, 26 octobre 1889 ; Robe, 1889, p. 450 ; 22 février 1890 ; Robe, 1890, p. 334 ; 23 juin 1891 ; Robe, 1891, p. 429 ; 28 mars 1892 ; Robe, 1892, p. 178 ; 13 décembre 1892 ; Robe, 1893, p. 192 ; 13 janvier 1893 ; Robe 1893, p. 203 ; 16 mars 1893 ; Robe, 1893, p. 207.

(3) Nîmes, 20 juillet 1891 ; Robe, 1891, p. 453.

(4) Cass., 8 mai 1894 ; Robe, 1894, p. 225.

quis par un acte administratif ou notarié pouvaient devenir entre musulmans l'objet d'un acte de cadi régi par la loi musulmane ; que sans doute cet acte ne peut être opposé à un acte régi par la loi française, par exemple à des tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires invoquant une convention mixte ou entre européens, une date certaine, une transcription ou une inscription antérieures ; que dans tout conflit des deux lois, la loi française doit l'emporter sur la loi musulmane, mais qu'un acte de cadi peut être opposé aux musulmans parties à cet acte et à leurs héritiers. »

« Attendu, dit à son tour l'arrêt du 28 mars 1892, qu'il est de principe qu'avant la loi du 26 juillet 1873 sur la propriété en Algérie, les transmissions de biens immobiliers entre indigènes musulmans étaient soumises à la loi musulmane ; que l'article 16 de la loi du 16 juin 1851 sans distinguer entre le cas où la propriété reposait sur un titre français et celui où elle n'avait qu'un titre musulman pour base, était venu confirmer ce principe, en disposant que les transmissions d'immeubles de musulmans à musulmans continueraient à être régies comme par le passé, par la loi musulmane ; que s'il est vrai que déjà à cette époque, ces transmissions ne pouvaient être opposées aux tiers, dont les droits dérivait d'actes régis par la loi française, il n'est pas douteux qu'elles étaient opposables aux musulmans qui y avaient été parties et par suite à leurs héritiers. »

« Attendu, lisons-nous, dans l'arrêt de Nîmes, que la distinction prétendue entre les terres françaises et les terres musulmanes ne se trouve adoptée dans aucune des dispositions relatives à l'Algérie et invoquées dans le débat ; que les dérogations apportées au principe

général de l'article 3 du Code civil, sur le statut réel et notamment par l'article 16 de la loi du 16 juin 1851 n'ont pris en considération que la qualité des contractants et non l'origine de la propriété : attendu que la loi du 26 juillet 1873 n'a disposé que pour l'avenir ; attendu qu'on ne peut soutenir non plus que dans le conflit entre la législation musulmane et la législation française, celle-ci doit être adoptée de préférence. »

Voici enfin ce que nous trouvons dans l'arrêt de cassation de 1894 : « Attendu, en droit, que l'article 16 de la loi du 16 juin 1851 sur la propriété en Algérie, dérogeant à l'article 3 du Code civil, et confirmant le principe posé par les règlements antérieurs porte « les transmissions de biens de musulman à musulman continueront à être régies par la loi musulmane » ; Attendu que cette loi s'appliquait à tous immeubles, quelle qu'en soit l'origine et la provenance et en quelque forme qu'ils aient été transmis, antérieurement à la transmission de musulman à musulman ; Attendu qu'à la vérité, la loi du 26 juillet 1873 a posé le principe qu'en Algérie la terre ayant fait l'objet d'un acte français, devient française par cela même, en ce sens qu'elle ne peut plus désormais être transmise en la forme musulmane ; mais attendu que cette loi n'est faite que pour l'avenir et ne saurait avoir d'effet rétroactif, ni porter aucune atteinte aux droits acquis. »

Tels sont les « considérants » les plus remarquables ; voilà comment la jurisprudence motive sa solution. La question, nous l'avons dit semble à l'heure actuelle définitivement, souverainement jugée. On se fonde sur les textes que l'on prend au pied de la lettre, on affirme que la disposition de l'article 16 de la loi de 1851 est absolue

et s'applique sans distinction entre les terres ayant fait ou n'ayant pas fait l'objet d'un titre français ; que de même la loi du 26 juillet 1873 ne dispose que pour l'avenir, qu'elle laisse le passé tel qu'il était ; qu'après tout, cette prétendue distinction entre les terres françaises et les terres musulmanes n'est écrite nulle part ; qu'ainsi les règles qu'on en tire sont arbitraires.

Il y a là sans doute des propositions très absolues et qui peuvent revendiquer en leur faveur le texte littéral des articles susvisés de la loi de 1851 et de 1873. Mais cette interprétation étroite est-elle commandée par les principes généraux du droit ? La thèse contraire qui semble rallier les principaux suffrages de la doctrine nous dit : L'Algérie est une terre de conquête ; il est de règle que la conquête soumet la terre à la loi du conquérant. Par exception à cette règle on a laissé le sol appartenant aux indigènes algériens sous l'empire de la loi coranique, leur loi nationale ; mais cette exception n'existe, par son motif même, qu'à l'égard des indigènes algériens. Par suite, dès qu'une parcelle du sol algérien, sort du patrimoine d'un indigène pour entrer dans celui d'une personne française, l'exception cesse de s'appliquer pour faire place au droit commun. Or une fois acquise au statut réel de droit commun, comment la terre pourrait-elle lui échapper par un fait nouveau et postérieur ? Par quelle confusion des principes essentiels du statut réel et du statut personnel un immeuble, une fois tombé sous le régime de la loi nationale, pourrait-il en sortir ensuite par le seul effet de conventions qui en font ultérieurement passer la propriété sur la tête d'un indigène ? Le statut réel est de sa nature immuable, indélibile. « La nationalité, a dit M. Demolombe, est dans

le sol comme dans le sang des habitants ». L'article 16 de la loi de 1851 ne s'applique qu'aux biens musulmans qui n'ont pas encore été frappés du statut réel français. Une loi doit être interprétée dans un sens juridique et de raison. Or le législateur de 1851 a bien pu conserver aux indigènes leurs lois pour les immeubles qui comme eux n'étaient pas sortis du domaine de l'islam, mais l'a-t-il également fait pour ceux qui étaient entrés dans le domaine du statut français ? N'y avait-il pas une impossibilité légale à ce qu'il le fit ? Les principes les plus élémentaires du droit n'y faisaient-ils pas obstacle ? Quant à l'argument tiré du texte littéral de la loi du 26 juillet 1873 il ne saurait prévaloir ; la rédaction de cette loi, spécialement celle des articles 1 et 2 a certainement dépassé et trahi la pensée du législateur (1). Enfin les arrêts qui proclament la doctrine absolue que nous venons de voir, ne la ruinent-ils pas eux-mêmes quand ils décident que la vente de l'immeuble faite selon la loi musulmane devra s'effacer devant une vente postérieure faite selon la loi française ? Si l'acquéreur européen ou musulman, par acte notarié et transcrit, peut écarter un premier acquéreur par acte du cadi, n'est-ce point la preuve que cet acte du cadi n'était pas parfait, que l'immeuble n'était plus ce qu'il était et avait été soustrait au statut musulman ? Si l'immeuble persistait malgré son titre français à être musulman tout le temps qu'il est dans les mains d'un indigène, celui-ci ne devrait-il point pouvoir le vendre valablement dans les formes de sa loi nationale ? Et s'il ne le peut plus, n'est-ce point une preuve que, nonobstant

(1) Sur ce point, Robe, *Lois sur la propriété immobilière*, nos 10 et s...

l'affirmation contraire des arrêts, l'immeuble a cessé dans le fait d'être musulman et a passé dans le régime français ?

Telle est l'argumentation. Elle est d'une grande force. La jurisprudence en a-t-elle eu raison ? A-t-elle répondu à toutes les considérations juridiques qui viennent d'être développées ? Il est permis d'avoir des doutes ; on peut penser que le dernier mot n'est point dit sur la question, et que les arguments solides de la doctrine finiront par l'emporter.

Nous venons de passer en revue les divers cas d'application de la loi musulmane d'après les décrets de 1886 et de 1889 en essayant de montrer sur chacun de ces cas quelle est exactement la sphère d'application de cette loi. Le domaine respectif des lois musulmane et française se trouve délimité par là même et nous avons ainsi résolu la seconde question générale qui domine la compétence. Nous devons rechercher à présent quelles sont les attributions propres, la compétence spéciale de chacune des juridictions instituées en matière musulmane.

SECTION II

DE LA COMPÉTENCE ET DES ATTRIBUTIONS PROPRES DES DIVERS TRIBUNAUX EN MATIÈRE MUSULMANE.

Rappelons que dans le système actuel tel qu'il résulte des décrets de 1886 et de 1889 modifiés par le décret du 25 mai 1892, les tribunaux qui concourent à l'administration de la justice musulmane sont les suivants : Au premier degré, les juges de paix et les cadis ; au second

degré, les tribunaux d'arrondissement ; au sommet la Cour d'Alger investie, dans les conditions que nous préciserons plus loin, d'un pouvoir régulateur destiné à unifier et à redresser au besoin la jurisprudence des seize tribunaux d'arrondissement du ressort, faisant fonctions de juges d'appel en matière musulmane. Reprenons chacune de ces juridictions en commençant par celles du premier degré.

§ 1. — Juridictions du premier degré.

A. — Le cadi.

La compétence du cadi est déterminée par l'article 7 des décrets. Nous y lisons :

« Les contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux sont portées devant le cadi.... Toutes les contestations sur des matières non mentionnées au paragraphe premier sont portées devant le juge de paix ».

On voit tout de suite l'innovation introduite par ce texte dans les compétences des juridictions du premier degré. Le cadi qui avait jusqu'alors une compétence générale pour tous les litiges entre musulmans, n'a plus qu'une compétence d'exception ; c'est le juge de paix qui dans l'organisation nouvelle devient le juge du droit commun. On a commencé par restreindre à certaines matières que nous avons étudiées, l'application de la loi musulmane ; par la force des choses on restreint la compétence des cadis ; tout ce qui est soustrait à la loi musulmane se trouve nécessairement soustrait à la juridiction du juge indigène (art. 6, Décret), les matières réservées pouvaient seules lui être attribuées.

Mais parmi celles-ci qui sont, nous l'avons vu, au nombre de trois, statut personnel, successions, immeubles au titre musulman, on lui enlève encore la connaissance de la dernière ; on borne donc sa compétence aux matières de statut personnel et de statut successoral.

Pour ces matières la compétence du *cadi* était absolue d'après le décret de 1886, mais elle a été restreinte par le décret de 1889 (art. 7, al. 2, D. de 1889) dans les termes suivants :

« Toutefois sont portés devant le juge de paix : 1° les contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux des *mozabites*, introduites hors du M'Zab ; les différends sur les mêmes matières entre *kabyles*, en quelque lieu qu'ils soient ; les mêmes différends entre *Kabyle* et *Arabe* ou musulman étranger dans les justices de paix de Bouïra, d'Aïn Bessem et de Palestro (arrondissement d'Alger) et de Mansourah (arrondissement de Sétif) ».

Ainsi d'après le système du décret de 1889, entre Arabes, la compétence est au *cadi* ; entre *mozabites* hors du M'Zab, entre Arabes et *Kabyles* ou musulmans étrangers lorsque le litige est de la circonscription des justices de paix de Bouïra, Palestro, Aïn Bessem, Mansourah ; enfin entre *Kabyles*, sur tout le territoire de l'Algérie, la compétence appartient au juge de paix.

Par dérogation à ces règles le décret du 18 octobre 1890 qui institue les *cadis ibadites* dispose dans son article 1^{er} que « les contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux des *mozabites* introduites hors du M'Zab, entre *mozabites*, peuvent être portées, soit de l'accord commun des parties en cause, soit à la demande de l'une d'elles, devant les *cadis* spé-

ciaux créés par l'article 2 » (ce sont les cadis ibadites).

Il y a un troisième ordre de matières que les cadis peuvent être appelés à juger : ce sont les matières personnelles et mobilières. Les contestations de cette sorte sont normalement portées devant le juge de paix ; cependant les cadis « peuvent être autorisés à se rendre sur certains marchés pour y juger à la demande de toutes les parties intéressées et sans déplacement, les contestations personnelles et mobilières entre indigènes musulmans » ; telle est la règle posée par l'article 7, dernier alinéa, du décret de 1889 et reproduite par les décrets des 25 mai 1892 et 11 juin 1894. La compétence du cadi est ici toute exceptionnelle ; elle n'a lieu que sur les marchés et moyennant une autorisation spéciale. D'après les décrets de 1889 et de 1892 les marchés en question devaient être limitativement déterminés par un décret rendu en Conseil d'État. Le décret du 11 juin 1894 a levé cette restriction et aujourd'hui les cadis peuvent être autorisés à se transporter « sur tous les marchés situés sur les territoires des trois départements de l'Algérie soumis au régime du décret du 17 avril 1889 ». L'autorisation est donnée « par arrêté du Garde des sceaux, ministre de la justice, ou, sur sa délégation, par le Gouverneur général de l'Algérie statuant sur la proposition du Procureur général ».

Dans les divers ordres de matière pour lesquels il a compétence le cadi appliquera toujours la loi musulmane ; il y a là une règle qui s'impose : le juge indigène ne peut jamais appliquer que sa propre loi. Le principe est écrit en toutes lettres dans l'article 1^{er} pour les matières de statut personnel et de statut successoral et il n'est pas moins certain pour les contestations person-

nelles et mobilières qui se trouvent par exception jugées par les cadis.

Bien qu'en principe les contestations de cette sorte soient régies par la loi française (art. 2 des décrets) dès l'instant qu'elles sont soumises à la juridiction des cadis elles retombent par là même sous l'empire de la loi musulmane : la soumission au juge indigène implique la soumission à la loi musulmane, il faut conclure de l'une à l'autre. A vrai dire les textes qui organisent cette compétence spéciale des cadis en matière personnelle et mobilière n'indiquent point qu'elle est la loi applicable, mais les principes généraux commandent la solution que nous avons donnée ; il se trouve donc implicitement dérogé pour ce cas spécial à la règle de l'article 2 des décrets qui soumet très formellement aux lois françaises les matières personnelles et mobilières.

Aux termes de l'article 7 des décrets, le cadi, dans l'application de la loi musulmane aux différends portés devant lui, doit tenir compte à la fois des coutumes du rite spécial auquel les plaideurs appartiennent et des coutumes de leur pays d'origine.

Les trois rites ou doctrines en usage en Algérie sont : le malekite, le hanefite et l'ibadite. Chacun de ces rites se trouve quelquefois modifié par les usages de la région, c'est ce qu'on appelle les coutumes, et les coutumes ont force de loi. Voilà pourquoi le texte de l'article 4 fait un devoir au cadi de tenir compte « des coutumes du rite ». L'article oblige en outre le cadi à tenir compte des coutumes du pays d'origine ; cette dernière exigence a été critiquée : nos cadis ont bien assez de peine, a-t-on dit, à appliquer le droit musulman suivant les trois rites en usage en Algérie, sans exiger la connaissance des cou-

tumes marocaines ou d'autres pays musulmans, absolument inconnues. On a remarqué non sans raison qu'il y avait là une porte ouverte à l'arbitraire : sous couleur d'appliquer les coutumes d'origine, les cadis pourront donner une interprétation fantaisiste au droit musulman algérien.

La règle suivant laquelle le cadi n'applique et ne peut appliquer que la loi musulmane sert à fixer les limites de sa compétence pour les divers ordres de matières réservées à sa juridiction. La question ne se pose que pour ce qui concerne les successions. Nous avons vu dans le chapitre précédent (1) qu'il y avait des distinctions à faire entre les diverses sortes de contestations qui se rattachent aux successions, que malgré l'apparente généralité du texte, quelques-unes seulement de ces contestations, celles relatives à l'ordre successoral, aux personnes qui succèdent, étaient soumises à la loi musulmane ; il est clair qu'il y a lieu de refaire les mêmes distinctions en ce qui concerne la compétence des cadis et que cette compétence s'étend seulement aux contestations portant sur un objet du ressort de la loi musulmane. Les deux questions n'en font qu'une, il n'y a qu'à appliquer ce que nous avons dit précédemment. Un arrêt déjà cité de la cour d'Alger en date du 1^{er} février 1888, dit clairement que « s'il est vrai que le décret du 10 septembre 1886 réserve aux cadis le droit de juger les litiges relatifs aux successions, c'est seulement lorsque la contestation porte sur la qualité des héritiers, sur leur capacité successorale. Que s'il s'agit au contraire de difficultés relatives aux biens qui composent la succession, les cadis deviennent incompetents ». C'est l'application pure

(1) V. *suprà*, p. 257 et s.

et simple à la compétence du cadi de ce que nous avons dit sur l'étendue d'application de la loi musulmane.

Nous venons de voir quelle est la compétence normale des cadis. De même que sous l'empire des décrets précédents, elle pourra se trouver restreinte par la volonté des parties et cela de deux manières : ou bien les indigènes usant de la faculté que leur confère l'article 3 des décrets auront par avance renoncé à l'application de leurs droit et coutumes pour une affaire ressortissant à la juridiction des cadis, ou bien et sans renonciation préalable à la loi musulmane, les indigènes au moment de plaider saisissent d'un commun accord le juge de paix (art. 7). Il est clair que dans ces deux cas le cadi verra lui échapper une affaire qui rentrerait normalement dans sa compétence. Quant aux détails de cette double faculté d'option soit pour la loi, soit pour la juridiction française nous les avons exposés en étudiant ces règles dans la précédente section (1).

Fixons maintenant le taux de la compétence des cadis : Pour les matières de statut personnel, ils ne statuent jamais qu'en premier ressort (art. 19, al. 2). En matière de succession, ils statuent en dernier ressort quand la succession a une valeur inférieure à 500 francs de principal, en premier ressort quand la valeur excède ce chiffre (art. 19, al. 1 et 2).

En matière personnelle et mobilière leur compétence outre les conditions spéciales auxquelles elle est soumise et que nous avons indiquées déjà (elle n'a lieu que sur les marchés, et moyennant une autorisation soit du ministre, soit du gouvernement général), se trouve ainsi fixée : « les cadis jugent les contestations person-

(1) *Suprà*, p. 241 et s.

nelles et mobilières dont la valeur ne dépasse pas 200 francs en principal ; les sentences rendues par eux sur ces contestations sont toujours en dernier ressort ». Cette fixation du taux de la compétence des cadis pour ces matières spéciales a été introduite par le décret déjà cité du 25 mai 1892 ; le décret a modifié en ce sens l'article 7, dernier paragraphe, du décret de 1889 qui autorisait le cadi à juger sans restriction « les contestations personnelles et mobilières entre indigènes musulmans ». Bien que les contestations qui naissent sur les marchés n'aient pas en principe une sérieuse importance, il était néanmoins prudent, dit le rapporteur du décret de 1892, sous peine de réduire à l'état de lettre morte, le principe suivant lequel la compétence des juges de paix doit être la règle, de limiter la compétence du cadi.

Le décret de 1886 a apporté, nous l'avons vu, des modifications profondes à la compétence des cadis. Leur compétence autrefois générale s'est trouvée réduite aux matières spéciales que nous avons énumérées. Cette restriction soudaine de leur compétence a fait naître une question sur laquelle la jurisprudence ne s'est pas trouvée d'accord : un cadi se trouvait saisi avant le décret de 1886 d'une affaire dont ce décret lui retire la connaissance. Devait-il s'en dessaisir lors de la promulgation du décret ? Devait-il au contraire en rester saisi et la juger ?

La Cour d'Alger par arrêt du 22 mars 1887 (1) s'est prononcée dans le premier sens, mais quelques mois plus tard le tribunal de Blidah par jugement du 9 juin 1887 (2) consacrait la solution contraire dans les termes

(1) Alger, 22 mars 1887 ; Robe, 1888, p. 41.

(2) Blidah, 9 juin 1887 ; Robe, 1887, p. 433.

suivants : « Attendu que s'il est de principe général que toute nouvelle loi s'applique même aux situations ou rapports juridiques établis ou formés dès avant sa promulgation ; cependant le juge régulièrement saisi d'une affaire reste compétent pour la juger, alors même qu'une loi nouvelle qui, d'ailleurs, ne supprimerait pas l'institution judiciaire à laquelle il appartient, lui en aurait enlevé la connaissance conformément à la règle : *Ubi inceptum est semel iudicium ibi et finem recipere debet.* »

La solution du tribunal de Blidah paraît la plus conforme aux principes généraux du droit, et mérite d'être adoptée.

B. — Le Juge de paix.

Dans le système des décrets de 1886 et de 1889, le juge de paix devient le juge de droit commun en matière musulmane ; il remplace dans cette fonction le cadi qui n'est plus que le juge d'exception. Tel est le principe fondamental qui doit servir à déterminer la compétence du juge de paix. Cette idée est mise en lumière dans le rapport qui précède le décret de 1886. Nous y lisons : « Le cadi ne sera plus le juge de droit commun qu'en matière de statut personnel et de successions ; la compétence des juges de paix s'accroît de tout ce que le décret enlève à la connaissance des cadis ». Prenons maintenant les textes ; l'article 7 porte : « Les contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux sont portées devant le cadi..... Toutes les contestations entre musulmans sur des matières non mentionnées au paragraphe 1^{er} [c'est-à-dire au paragraphe qui précède] sont portées devant le juge de paix ».

L'article 26 dit à son tour : « En matière musulmane les juges de paix connaissent..... des actions civiles, commerciales, mobilières et immobilières ».

La règle est donc très claire ; il faut dire du juge de paix ce que l'on disait du cadi sous la législation précédente : c'est le juge de droit commun, il a une compétence générale pour statuer sur les litiges entre musulmans, on ne devra reconnaître à cette compétence d'autres restrictions que celles qui résultent de textes formels ou qui sont commandés par les principes généraux du droit.

Les contestations de statut personnel et de droits successoraux échappent à la connaissance des juges de paix et sont attribuées au cadi (art. 7, § 1), c'est là une première restriction ; elle est certaine, elle résulte d'un texte formel. Si les parties renoncent à soumettre ces sortes de contestations au cadi, soit directement en saisissant d'un commun accord la juridiction française (art. 7, § 3), soit indirectement en renonçant à la loi musulmane pour se soumettre à la législation française, la restriction disparaît, la compétence du juge de paix recouvre toute son étendue, elle s'étend même aux matières réservées au cadi. S'il y a eu option des parties pour la loi française, il est clair que le juge de paix applique cette loi ; s'il y a eu simplement option pour la juridiction française, cette option n'implique point renonciation à la loi musulmane qui régit de droit commun les matières réservées, c'est donc cette loi qu'applique le juge de paix.

La restriction que nous venons d'indiquer à la compétence des juges de paix est-elle la seule ? Faut-il dire que, en dehors des contestations de statut personnel et

de droits successoraux, les juges de paix sont toujours compétents pour juger les litiges entre musulmans ? Y a-t-il au contraire des distinctions à faire ; doit-on reconnaître que, en dehors même des matières expressément réservées au cadi, il existe dans le statut réel, soit en matière mobilière, soit en matière immobilière d'autres matières qui échappent à la connaissance des juges de paix et qui malgré l'apparente généralité des textes ressortissent non pas aux juges de paix, mais aux tribunaux français de droit commun, c'est-à-dire aux tribunaux de première instance ?

On ne s'est pas trouvé d'accord sur ce point.

D'après une première opinion, deux juges seulement sont institués par le décret de 1886 pour connaître de toutes les contestations sans exception entre musulmans. Le cadi est juge des matières réservées (statut personnel et successions) ; le juge de paix est le juge de droit commun pour toutes les autres contestations : actions civiles, commerciales, mobilières ou immobilières, fondées ou non sur un titre français.

Une seconde opinion soutient à l'inverse que la compétence attribuée aux juges de paix par les décrets de 1886 et de 1889 n'a pas toute l'étendue que lui reconnaît le premier système ; qu'en dehors même des matières expressément soustraites par les décrets à la connaissance de ces magistrats, il y en a d'autres qui leur échappent en vertu des principes généraux du droit : ce sont, dit-on, les matières mobilières ou immobilières basées sur un titre français.

Les partisans de la première opinion raisonnent ainsi :

L'article 2 du décret de 1886 (et le décret de 1889 n'a

pas innové sur ce point) dispose que sauf pour les matières expressément réservées — savoir le statut personnel, les successions et les immeubles encore possédés au titre arabe — les indigènes sont soumis à la loi française. Les droits et coutumes des musulmans restent encore applicables pour ces matières à moins que les plaideurs ne préfèrent y renoncer conformément à l'article 3.

Pour les matières où les musulmans sont régis par la loi française il faut distinguer : en matière personnelle et mobilière tout en appliquant les principes généraux du droit qui sont communs à toutes les législations et ont été formulés dans le Code civil, le juge tiendra compte dans l'interprétation des conventions, dans l'appréciation des faits et dans l'admission de la preuve, des coutumes et usages des parties (art. 2, § 2). En matière immobilière, et il n'est ici question que des immeubles autres que ceux possédés au titre arabe, le juge applique purement et simplement la loi française.

Or quel est le juge que désigne le décret du 10 septembre 1886 pour ces diverses applications de la loi musulmane ou de la loi française entre musulmans ? N'est-ce pas le juge de paix ? Le dernier paragraphe de l'article 7 le dit en termes formels. Toutes les contestations entre musulmans non mentionnées au paragraphe 1^{er}, est-il dit dans cet article, sont portées devant le juge de paix. Il n'y a ni catégorie, ni distinction. Donc toutes les contestations entre musulmans, n'importe leur nature ou leur origine, compétent au juge de paix, en dehors de celles relatives au statut personnel et successoral. Ce magistrat applique, suivant les cas, la loi musulmane ou la loi française ; spécialement il appliquera toujours

cette dernière quand il statuera sur une contestation relative à un immeuble possédé au titre français. D'ailleurs sa compétence est établie par l'article 26 du décret, sur toutes les actions civiles, commerciales, mobilières ou immobilières. Il n'y a pas plus de distinctions dans cet article que dans l'article 7. C'est donc le juge de paix qui est le seul juge des contestations entre musulmans. C'est en définitive toujours à lui qu'il faut s'adresser sauf pour les matières expressément réservées au *cadi*, et encore pour ces matières les parties peuvent-elles le saisir si elles sont d'accord.

L'opinion adverse répond : sans doute, aux termes de l'article 2, les musulmans sont soumis à la loi française pour toutes les matières non réservées à l'article 1^{er} ; sans doute encore aux termes de l'article 6, « dans tous les cas où la loi française est applicable les musulmans sont justiciables de la juridiction française » ; mais faut-il conclure que la seule juridiction compétente sera, en tous les cas, la juridiction spéciale des juges de paix telle qu'elle est organisée par l'article 7, § 3 et par l'article 26 ? Il est impossible de l'admettre.

A côté, ou mieux, au-dessus de la juridiction spéciale des juges de paix, il existe la juridiction de droit commun qui est la véritable juridiction française. Celle-ci n'a pas, que nous sachions, été effacée par le décret de 1886. Qu'on le remarque bien, c'est seulement « en matière musulmane » — ce sont les termes mêmes de l'article — que l'article 26 étend la compétence des juges de paix à toutes les actions civiles, commerciales, mobilières ou immobilières. Ces mots « en matière musulmane » sont décisifs ; ils impliquent nécessairement que les matières non musulmanes, les matières françaises,

soit mobilières, soit immobilières, échappent à la compétence spéciale des juges de paix, telle qu'elle résulte des articles 26 et 7, § 3. L'article 26 dont l'objet propre est de fixer la compétence des juges de paix apporte une restriction nécessaire à la formule trop large employée par l'article 7 dont le paragraphe 3 ne fait d'ailleurs qu'indiquer en passant cette compétence. Il faut suppléer dans le paragraphe 3 de l'article 7 ces mots « en matière musulmane » inscrits en tête de l'article 26 ; il faut dire par suite que quand ce texte attribue compétence au juge de paix, pour toutes les contestations entre musulmans, autres que celles relatives au statut personnel et aux successions, il se réfère seulement à celles de ces contestations qui portent sur des matières musulmanes. Et maintenant, quand la matière du procès cesse-t-elle d'être musulmane pour devenir française ? C'est lorsqu'elle repose sur un titre émanant de l'autorité publique française, administratif, notarié ou judiciaire, qu'on soit en matière mobilière ou immobilière peu importe. Dès l'instant que le droit repose sur un titre de cette nature, on n'est plus en matière musulmane ; il faudra donc laisser de côté la juridiction spéciale des juges de paix qui n'a été instituée par les décrets que pour les matières musulmanes ; il faudra appliquer purement et simplement les règles de compétence en matière ordinaire et s'adresser ainsi, suivant les cas, soit au juge de paix, soit au tribunal.

On fait valoir un autre argument : sous l'empire de la législation de 1866 le juge de droit commun pour toutes contestations entre musulmans régies par la loi musulmane était le cadi ; quand au contraire la loi française était applicable, elle entraînait la compétence de la jus-

tice française. Quelle était alors cette justice française ? C'était le juge de paix qui par une délégation formelle et spéciale du législateur de 1866 avait qualité pour connaître de ces matières dans la limite de la compétence du cadi. Que la matière fût ou non musulmane, les indigènes avaient l'obligation de s'adresser au juge de paix ; il était en dehors du cadi le juge unique du premier degré. Cela étant, on remarque que la délégation spéciale dont était investi le juge de paix en 1866 n'a pas été reproduite par les décrets de 1886 et 1889 ; que d'autre part ces décrets, M. le Garde des sceaux, rapporteur, l'a écrit, ont eu cet effet d'accroître la compétence des juges de paix seulement de tout ce qui était enlevé à la connaissance des cadis ; or quelles étaient les contestations réservées en 1866 à la connaissance des cadis ? c'étaient uniquement celles qui ne procédaient pas de titres français. Il suit nécessairement de là que la juridiction spéciale des juges de paix, d'après les nouveaux décrets, s'étend seulement aux matières musulmanes, aux matières non basées sur titres français, puisqu'elle a été formée d'un apport qui ne renfermait que ces matières là. La conclusion est que depuis le décret de 1886 toutes les matières basées sur un titre français sont entrées dans la juridiction de droit commun, et par suite, toutes actions personnelles et mobilières devront être portées soit devant le juge de paix statuant dans les limites de la juridiction française telle qu'elle a été établie par la loi de 1838, ou étendue par les décrets spéciaux à l'Algérie, soit devant les tribunaux civils en dehors de ces limites ; en appel ces tribunaux ou la cour statueront ; quant aux actions immobilières elles seront portées directement devant les tribunaux civils d'arrondissement.

Tels sont les deux systèmes soutenus sur ce point spécial de droit algérien (1). Montrons que la jurisprudence sans admettre aucun des deux d'une manière absolue, paraît fixée dans le sens d'une distinction entre les matières mobilières et les matières immobilières. Dans le premier cas on admet que le juge de paix est toujours compétent ; dans le second cas on décide que, dès qu'il y a titre français, c'est-à-dire dès que le droit sur l'immeuble repose sur un titre de ce genre, le juge de paix devient incompétent. Ce système éclectique résulte très clairement des décisions suivantes :

Une action en paiement de loyers est exercée entre musulmans ; les loyers sont dus à raison d'un immeuble musulman, mais en vertu d'un bail passé devant un notaire français. Le tribunal d'Alger décide (2) que malgré le titre français l'action est de la compétence de la juridiction spéciale du juge de paix (solution implicite, et non de la juridiction française de droit commun. « Attendu que le débat s'agite entre musulmans ; qu'il y est question uniquement du prix d'un bail ; que le tribunal civil est donc incompétent aux termes du décret du 10 septembre 1886, (art. 1, 2, 6, 7 et 26 combinés) ; *qu'on ne saurait exciper de ce que le titre originaire du bail est un acte dressé par un notaire français* », puisque, continue le jugement en développant ce dernier point, la compétence revient non plus comme autrefois à un juge indigène statuant selon la loi musulmane, mais à un juge français, le juge de paix statuant comme juge spé-

(1) V. sur ce point une dissertation de M. le conseiller Yvernès rapportée dans le journal de Robe. Robe, 1889, p. 150.

(2) Trib. d'Alger, 3 décembre 1888 ; Robe, 1889, p. 150.

cial des litiges entre musulmans et selon la loi française (articles précités du décret de 1886) (1).

D'autres espèces relatives à des matières personnelles et mobilières et où la question de compétence pouvait faire doute, sont de même tranchées par la jurisprudence dans un sens favorable à la juridiction des juges de paix.

Deux musulmans plaident au sujet de loyers d'un immeuble soumis à la loi française. La Cour d'Alger (2) constate d'abord, ce qui n'est pas douteux, qu'on est en matière mobilière et que le débat s'agit entre musulmans ; elle en conclut que la juridiction musulmane est compétente et qu'il importe peu que l'immeuble d'où proviennent les loyers soit soumis à la loi française.

Un indigène actionne un autre indigène en paiement de dommages-intérêts pour enlèvement de récoltes crûes sur une terre française. La Cour constate (3) qu'il s'agit là encore d'une demande mobilière entre musulmans, que par suite la juridiction musulmane est compétente et que la circonstance de terre française ne saurait changer cette compétence.

De même enfin plusieurs communistes indigènes plaident au sujet de fruits indûment perçus sur l'immeuble commun qui est dans l'espèce une terre fran-

(1) Ce jugement du tribunal d'Alger fut à la vérité réformé par arrêt de la Cour du 8 mars 1890. Alger, 8 mars 1890 ; Robe, 1890, p. 265 ; malheureusement l'arrêt est très laconique sur le point qui nous occupe ; il renferme le seul attendu suivant : « Attendu que la loi française régit les conventions entre musulmans reçues par un officier public français, et que les musulmans sont justiciables de la juridiction française toutes les fois que la loi française est applicable », et il ne semble pas qu'il soit répondu par là à l'argumentation très serrée du tribunal d'Alger.

(2) Alger, 17 décembre 1888 ; Robe, 1889, p. 132.

(3) Alger, 23 février 1891 ; Robe, 1891, p. 160.

çaise, la Cour décide (1) que s'agissant d'une action mobilière entre musulmans, les tribunaux civils sont incompétents et qu'il faut s'adresser à la juridiction musulmane, encore que l'immeuble qui a produit les fruits objets de la demande soit terre française (décision implicite).

Voilà pour les matières mobilières ; ici on le voit la compétence du juge de paix paraît admise sans restriction, et alors même que la demande se rattache à un immeuble, à un titre français.

Pour les matières immobilières la jurisprudence pose nettement la distinction : s'agit-il d'immeubles possédés au titre arabe, c'est-à-dire d'immeubles non encore soumis à l'application de la loi du 26 juillet 1873, et n'ayant fait l'objet d'aucun titre français, ce sont les juges de paix qui sont compétents (2). Et dans ce cas c'est la loi musulmane à l'exclusion de la loi française que les juges de paix doivent appliquer (art. 1^{er}, al. fin. décret 1889).

S'agit-il au contraire d'immeubles entrés dans le statut réel français par l'un quelconque des modes que nous avons étudiés, les juges de paix deviennent incompétents et il faut s'adresser aux tribunaux d'arrondissement ; c'est un principe affirmé par une longue suite de jugements et d'arrêts (3).

Les considérants du jugement du tribunal de Guelma et de l'arrêt de cassation sont principalement à noter :

(1) Alger, 2 décembre 1892 ; Robe, 1893, p. 51.

(2) Alger, 30 décembre 1888 ; Robe, 1889, p. 93 ; Alger, 25 novembre 1890 ; Robe, 1890, p. 463.

(3) Trib. de Guelma, 8 mars 1888 ; Robe, 1888, p. 501 ; Alger, 28 novembre 1888 ; Robe, 1889, p. 16 ; 4 décembre 1888 ; Robe, 1889, p. 175 ; 30 décembre 1889 ; Robe, 1890, p. 277 ; Cass., 11 décembre 1889 ; Robe, 1890, p. 5 ; Alger, 17 mars 1891 ; Robe, 1891, p. 378.

« Attendu, dit le tribunal de Guelma, que l'article 7, § 3, paraît en termes généraux donner aux juges de paix la connaissance de toutes les affaires non soumises aux cadis par le paragraphe 1^{er}, mais qu'il est facile de donner à cette disposition sa véritable portée à l'aide de l'article 26 ; que les mots « en matière musulmane » de ce dernier article établissent de la façon la plus précise l'objet de la compétence des juges de paix : toute matière litigieuse musulmane leur est attribuée, toute matière non musulmane leur est interdite ; attendu que le législateur de 1873 a soustrait pour toujours à la loi comme à la juridiction musulmanes les immeubles dont la propriété dérive de titres français ; attendu qu'antérieurement au décret de 1886, c'étaient sans conteste les tribunaux civils d'arrondissement qui étaient devenus les juges de droit commun de ces matières immobilières spéciales ; que cette attribution de juridiction s'était imposée par les considérations d'ordre public qui ont déterminé le législateur à assimiler ces transactions immobilières même entre musulmans, aux transactions entre Français ; qu'il serait surprenant que le législateur de 1886 ait défait ou tout au moins compromis l'œuvre du législateur de 1873, en retirant à la véritable juridiction de droit commun ce que celui-ci lui avait attribué, pour le rendre à une juridiction qui reste exceptionnelle quoique exercée par un magistrat français ; attendu que la lecture du rapport qui précède le décret de 1886 montre clairement que c'est, non la compétence des tribunaux civils qu'on a voulu réduire, mais bien celle des cadis ; attendu qu'il y a unanimité des arrêts de la Cour d'Alger sur ce point de doctrine, au moins dès qu'il ne s'agit pas de transmission d'immeubles par voie successorale. »

« Attendu, dit à son tour l'arrêt de cassation du 11 décembre 1889, qui rejette le pourvoi formé contre le précédent jugement, que le tribunal d'appel de Guelma en décidant que le juge de paix était incompétent pour connaître du litigé a sainement entendu les articles 2, 7, 26 du décret du 10 septembre 1886, règlement d'administration publique qui se rattache à la loi du 26 juillet 1873 et n'a pu avoir l'intention de porter atteinte aux principes établis par les articles 1 et 2 de cette loi ; que le législateur de 1886 a voulu accroître la juridiction des juges de paix d'un certain nombre d'affaires enlevées au cadi et non réduire la compétence des tribunaux civils, qui connaissent seuls depuis 1873 des difficultés relatives aux immeubles possédés au titre français ; que de la combinaison des articles 1 et 7 du décret et de l'exposé des motifs, il ressort clairement que les propriétés arabes seules ont été placées sous la juridiction des juges de paix ; qu'enfin l'article 26 complète la démonstration en limitant la juridiction des juges de paix aux matières musulmanes ».

Nous adoptons sans hésiter le système éclectique de la jurisprudence, nous pensons qu'il faut résoudre ces questions de la compétence des juges de paix en matière musulmane par une distinction entre les matières mobilières et immobilières. Les immeubles dont le droit repose sur un titre français échappent à la compétence des juges de paix, c'est là un point certain ; les « considérants » que nous venons de rapporter joints aux arguments présentés dès le début dans l'exposé général des deux systèmes en fournissent une démonstration péremptoire. Mais nous croyons qu'il ne faut pas pousser plus loin et transporter cette doctrine dans les matières

mobilières ; pour ces matières, nous sommes d'avis, ainsi que la jurisprudence semble l'admettre, que le juge de paix est toujours compétent dès l'instant que le débat s'agite entre musulmans, alors même que le droit litigieux se rattacherait à un immeuble français, dériverait d'un titre français ; sans doute le législateur de 1886 n'a pas voulu comme le dit l'arrêt de cassation porter atteinte à la loi de 1873 ; il a entendu au contraire la faire respecter, c'est dans ce but qu'il limite dans l'article 1^{er} du décret l'application de la loi musulmane aux immeubles non encore possédés au titre français selon la loi de 1873, c'est encore dans ce but qu'il dispose dans l'article 6 que dans tous les cas où la loi française est applicable, les musulmans sont justiciables de la juridiction française. En écrivant cet article, il paraît certain que le législateur a eu présente à l'esprit la jurisprudence qui s'était formée sous la loi de 1873 relativement aux immeubles français et qu'il a simplement voulu la consacrer, d'où il suit que la règle de l'article 6 se réfère seulement aux immeubles soumis à la loi française et que par suite ce sont les immeubles seulement qu'elle soustrait à la juridiction spéciale. Au contraire, lorsque dans l'article suivant, le législateur après avoir réservé au *cadi* les contestations de statut personnel et de statut successoral dit dans les termes les plus généraux que toutes autres contestations entre musulmans seront portées devant le juge de paix ; il a déjà fait ses réserves en ce qui concerne les immeubles qui, de par la loi de 1873 devront être soumis à la juridiction française de droit commun (art. 6), en ce qui concerne les matières de statut personnel et successoral qui devront être portées devant le *cadi* (art. 7, § 1) il ne statue donc plus

que pour les autres matières, que pour celles sur lesquelles il n'a pas encore fait de réserves, savoir : les immeubles possédés au titre arabe et toutes les matières mobilières sans exception. La compétence absolue qu'il reconnaît à ce moment au juge de paix ne s'applique donc sans restriction qu'aux matières mobilières ; de même qu'il songeait aux immeubles, en écrivant l'article 6, il songeait spécialement, nous le croyons du moins, aux matières personnelles et mobilières en écrivant l'article 7, § 3. Pour ces matières, il n'y avait à l'époque du décret aucune restriction déjà admise à la compétence du juge de paix ; le décret consacre donc ici leur compétence sans aucune réserve. Qu'on le remarque enfin, le décret fait un devoir au juge de paix d'appliquer à ces sortes de contestations la loi française (art. 2), il s'agit d'ailleurs de magistrats français ; qu'y aura-t-il dès lors à tirer à l'encontre de la compétence du juge de paix soit de ce fait que la matière du procès dérivant, on le suppose, d'un titre français se trouve régie par la loi française, soit encore de ce fait qu'il y a lieu d'apprécier, d'interpréter un titre français ? Cet argument est en définitive celui sur lequel se fonde le tribunal d'Alger (jugement précité du 3 décembre 1888) et il est pour nous décisif.

Nous concluons que les seules matières exceptées de la compétence des juges de paix en matière musulmane sont : 1^o les matières de statut personnel et successoral ; 2^o les immeubles de statut réel français ; que spécialement ces magistrats connaissent sans aucune restriction et quels que soient les titres invoqués, des matières purement personnelles et mobilières entre musulmans. Encore faut-il noter que la première exception faite à

leur compétence, celle relative au statut personnel et successoral peut être levée par le commun accord des parties (art. 7, § 3).

Le tribunal de Guelma dans le jugement cité plus haut semble indiquer que les règles de compétence que nous venons de résumer sont sujettes à controverse quand la matière du procès se rattache à une succession : « Il y a, dit le tribunal, unanimité des arrêts de la Cour sur la doctrine qu'il défend, *au moins dès qu'il ne s'agit pas de transmission d'immeuble par voie successorale* ». Nous connaissons ces difficultés et nous les avons déjà résolues en partie. Une première jurisprudence avait appliqué, sans distinction à toute matière successorale, la règle générale du maintien de la coutume musulmane, posée par l'article 7, loi du 26 juillet 1873 et par les articles 1^{er} et 7, décrets de 1886 et de 1889 ; mais nous savons que la doctrine et la jurisprudence à sa suite, sont définitivement entrées dans la voie d'une distinction et il est admis, sans contestation aujourd'hui, que ce qui est réservé dans les successions à la loi musulmane et à la juridiction du *cadi*, c'est uniquement ce qui touche à la qualité, à la capacité des héritiers, à l'ordre, au droit successoral proprement dit ; qu'au contraire tout ce qui tient au statut réel, tout ce qui a trait aux biens formant la succession et non plus aux personnes qui succèdent reste en dehors de la règle du maintien soit de la loi, soit de la juridiction indigène. Cette règle se trouvant ainsi limitée, elle ne saurait avoir pour effet de bouleverser l'ordre des compétences pour les contestations et demandes qui ont trait aux biens d'une succession, en sorte que ces contestations et demandes n'échapperont pas à la compétence du

juge de paix par le fait seul qu'elles se rattachent à une succession ; on devra appliquer simplement les règles qui précèdent et si le juge de paix se trouve compétent d'après ces règles, il faudra dire que c'est lui qui doit connaître de la demande. Par exemple, la distinction précédemment faite entre les immeubles au titre arabe qui ressortissent aux juges de paix et les immeubles au titre français qui ressortissent aux tribunaux d'arrondissement s'appliquera ici : une demande en liquidation et partage d'une succession musulmane entre indigènes musulmans est portée devant la juridiction civile ordinaire ; la Cour d'Alger (1) décide que cette juridiction est incompétente et elle se fonde sur ce que la succession à partager ne comprend aucun immeuble dont la propriété soit établie par un titre français. Le juge de paix est le juge du premier degré de toutes les actions réelles entre musulmans lorsque les immeubles sont encore régis par les lois et coutumes musulmanes ; l'action en partage constitue une action réelle, c'est une partie du contentieux immobilier, d'où il suit que cette action devait être portée devant le juge de paix (juridiction spéciale) et non devant la juridiction civile ordinaire.

Prenons l'hypothèse inverse ; la succession à partager comprend des immeubles qui ont fait l'objet d'un titre administratif, qui sont par suite de statut réel français. La Cour, chambre des appels musulmans (2), se déclare incompétente : elle fonde son incompétence sur ce qu'il se rencontre dans l'espèce un immeuble français ; elle décide que cette incompétence ne cesse point par ce fait que l'immeuble en question est compris dans une de-

(1) Alger, 20 octobre 1892 ; Robe, 1893, p. 126.

(2) Alger, 15 novembre 1886 ; Robe, 1886, p. 537.

mande en partage de succession entre musulmans et la solution implicite qui se dégage est qu'il fallait ici s'adresser au premier degré non pas au juge de paix en tant que juridiction spéciale musulmane, mais à la juridiction civile ordinaire.

Concluons que la compétence du juge de paix en matière successorale reste ce qu'elle est pour les autres matières et que la seule difficulté consiste à bien distinguer si la contestation se réfère aux personnes qui succèdent ou aux biens, si elle est en un mot de statut successoral ou de statut réel : dans le premier cas il faut aller devant le cadi ; dans le second cas il faut s'adresser au juge de paix à moins que la contestation n'échappe à sa compétence d'après les règles ci-dessus posées, elle doit alors être portée devant le tribunal civil.

Nous venons de voir les différentes matières sur lesquelles le juge de paix peut être appelé à statuer ; quel est maintenant le taux de la compétence ?

En matière de statut personnel et successoral et lorsqu'il est saisi par le commun accord des parties conformément à l'article 7, le juge de paix statue toujours en premier ressort (art. 26).

Pour tous les autres cas la règle est ainsi posée par l'article 36 : « En matière musulmane, les juges de paix connaissent en dernier ressort des actions civiles, commerciales, mobilières et immobilières dont la valeur n'excède pas 500 francs de principal. Ils connaissent en premier ressort de toutes les actions dont la valeur excède ce taux ».

Cette règle est d'une application facile en matière d'actions personnelles et mobilières ; le principal de la demande est connu en chiffres, ou tout au moins il est

d'une appréciation aisée à faire. Mais en matière immobilière il y a difficulté : le décret de 1866 limitait la compétence au revenu déterminé soit en rentes, soit par le prix du bail ; les décrets actuels parlent de « principal » et non de revenu, c'est donc à la valeur de l'immeuble lui-même qu'il faut s'attacher et il faut dire que le jugement est en dernier ressort si la valeur du fonds ne dépasse pas 500 francs, qu'il est au contraire susceptible d'appel si la valeur excède ce chiffre et à quelque somme qu'elle puisse s'élever. Et maintenant, qui sera chargé de fixer la valeur de l'immeuble pour déterminer le ressort ? Ce sera évidemment le juge de paix ; cette valeur est laissée à son appréciation et il doit l'énoncer dans son jugement, sauf aux parties à la contester et à la discuter en appel. On a justement remarqué qu'il y a là une disposition très anormale qui peut amener des appréciations inexactes et donner prise à l'arbitraire ; on la justifie en disant que la matière et les circonstances sont exceptionnelles, qu'il faut d'ailleurs empêcher les indigènes de se ruiner en frais de justice (Robe, *Commentaire du décret de 1889*, § 12).

La compétence, en premier ressort, des juges de paix pour les matières musulmanes est on le voit illimitée ; ils constituent de véritables tribunaux de première instance.

Terminons cette étude de la compétence des juges de paix en remarquant que tous, en matière musulmane, se trouvent placés sur un pied d'égalité : qu'ils soient à compétence restreinte (ce sont les juges de paix qui siègent auprès d'un tribunal de première instance) ou à compétence étendue (ce sont tous les autres juges de paix d'Algérie qui statuent en vertu du décret du

19 août 1854), il n'importe. Ces distinctions de compétence n'existent que pour les matières civiles et criminelles, elles n'ont point lieu et il n'y a aucune différence à faire entre eux en matière musulmane. Notons cependant que les juges de paix à compétence étendue pourront seuls statuer en référé et rendre des ordonnances sur requête en matière musulmane, dans les cas prévus par le Code de procédure civile (art. 26, dernier paragraphe).

§ 2. — Juridiction du second degré.

On se rappelle que d'après les décrets de 1886 et de 1889 les appels sont portés dans l'arrondissement d'Alger devant la Cour, et partout ailleurs devant le tribunal d'arrondissement, que depuis le décret du 25 mai 1892 le tribunal d'Alger a remplacé la Cour dans sa fonction de tribunal d'appel, en sorte qu'aujourd'hui la connaissance de tous les appels musulmans appartient sans aucune exception aux tribunaux d'arrondissement, la Cour restant seulement investie d'une sorte de pouvoir régulateur sur tous ces tribunaux d'appel qui sont au nombre de 16. Indiquons successivement les attributions spéciales des tribunaux d'appel proprement dits, puis de la Cour d'Alger.

A. — Tribunaux d'appel proprement dits.

Dans le système actuel, les attributions des tribunaux d'appel qui doivent seules nous occuper ici peuvent être indiquées d'un mot. Les complications que nous avons trouvées dans la législation antérieure ont disparu : il n'y a plus qu'une seule catégorie de juges d'appel, les tri-

bunaux de première instance et ils connaissent sans exception de l'appel de tous les jugements rendus soit par les cadis, soit par les juges de paix de l'arrondissement dans les limites du premier ressort telles que nous les avons déterminées. Les distinctions anciennes d'après lesquelles il fallait aller en appel, tantôt devant le tribunal d'arrondissement, tantôt devant la Cour, tantôt devant le tribunal chef-lieu du département suivant la nature et le taux de l'intérêt en litige ont été abandonnées. Dès l'instant qu'un cadi ou un juge de paix a statué en premier ressort, quel que soit l'objet du litige, c'est toujours devant le tribunal d'arrondissement qu'il faut interjeter l'appel (art. 37, décrets de 1886 et de 1889 modifié par le décret du 25 mai 1892). Les attributions des tribunaux d'arrondissement, en tant que juges d'appel entre musulmans, se trouvent déterminées par là même : elles comprennent tout ce qui excède la compétence en dernier ressort soit des cadis, soit des juges de paix, c'est-à-dire toutes les matières de statut personnel, les matières de statut successoral quand la valeur de la succession excède 500 francs, et toutes les actions civiles, commerciales, mobilières ou immobilières dont la valeur dépasse ce chiffre.

B. — La Cour d'Alger.

Par le décret du 10 septembre 1886 la Cour s'était trouvée « provisoirement » investie de la connaissance des appels musulmans de l'arrondissement d'Alger, sa compétence à ce point de vue expirait aux limites de cet arrondissement (art. 37, décrets de 1886 et de 1889) ; elle était sans qualité et sans pouvoir pour connaître des

appels de jugements rendus par des magistrats siégeant hors de l'arrondissement d'Alger (1).

Le décret du 25 mai 1892 a retiré à la Cour cette compétence spéciale, et il en a investi le tribunal civil d'Alger ; depuis ce décret la chambre spéciale des appels entre musulmans a cessé d'exister à la Cour et il a été notamment jugé que cette ancienne chambre n'avait pu être valablement saisie par requête d'une demande en interprétation d'un arrêt précédemment rendu par elle en matière musulmane : « Attendu que la requête ainsi présentée se référait à un litige pour la connaissance duquel la Cour n'avait plus compétence ni pouvoir de juridiction (2) ».

Mais en même temps que le décret de 1892 enlevait à la Cour ce pouvoir juridictionnel qui n'était au fond qu'une anomalie, il lui en attribuait un autre dont il nous reste à parler.

Ce pouvoir nouveau est institué et défini par les articles 52 et 55 du décret de 1892. Ces textes sont ainsi conçus :

ART. 52.— « Si le Procureur général près la Cour d'Alger est informé qu'il ait été rendu en dernier ressort un jugement contraire aux principes des droits et coutumes qui régissent les indigènes musulmans en ce qui concerne leur statut personnel, leurs successions et ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à la loi du 26 juillet 1873 ou par un titre français administratif, notarié ou judiciaire, il peut déférer ledit jugement à la Cour d'appel, dans le délai de deux mois à dater de sa prononciation ».

(1) Alger, 14 janvier 1889, Robe 1889, p. 176.

(2) Alger, 12 octobre 1892 ; Robe, 1892, p. 409.

ART. 55. — « La Cour annule les dispositions du jugement contraire à la loi et évoquant, s'il y a lieu, applique les principes du droit et les coutumes aux faits tels qu'ils résultent du jugement attaqué, et statue définitivement. Les parties peuvent toujours se prévaloir de l'arrêt rendu, alors même qu'elles ne sont pas intervenues dans l'instance suivie devant la Cour ».

Le but de l'institution nouvelle c'est, nous l'avons déjà dit, d'assurer l'unité de jurisprudence en matière musulmane. Quant aux caractères mêmes de l'attribution de juridiction ainsi faite à la Cour, ils sont clairement indiqués par les textes ci-dessus : 1^o il faut tout d'abord un jugement rendu sur l'une des trois matières pour lesquelles l'application de la loi musulmane est réservée (statut personnel, statut successoral, immeubles possédés au titre arabe) ; cette première condition va de soi : le but étant d'assurer l'exacte interprétation de la loi musulmane, le contrôle de la Cour doit s'exercer seulement sur les sentences pour lesquelles il a été fait application de cette loi, c'est-à-dire qui sont intervenues sur des matières réservées (1) ; 2^o il faut un jugement en dernier ressort ; c'est-à-dire un jugement non attaquant par les voies ordinaires ; c'est à défaut seulement de ces voies de recours et pour y suppléer que le recours extraordinaire est ouvert devant la Cour d'Alger ; ce sera, ou bien une décision rendue en dernier ressort par le juge du premier degré, juge de paix ou cadi, ou bien une décision rendue sur appel par les tribunaux d'arrondissement ; 3^o il faut enfin que ce jugement apparaisse comme contraire à la coutume musulmane,

(1) En ce sens : Alger, 29 janvier 1894 ; Robe, 1894, p. 27 ; et Alger, 7 avril 1894 ; Robe, 1894, p. 176.

parvienne à la connaissance du Procureur général et soit déferé par lui à la Cour. Quelle est maintenant la mission de la Cour ? Elle annule les dispositions du jugement qui violent la loi musulmane ; elle évoque s'il y a lieu et statue alors définitivement en appliquant les principes du droit aux faits tels qu'ils résultent du jugement déferé. Il est admis, dans un intérêt d'équité, que les parties peuvent se prévaloir de l'arrêt rendu alors même qu'elles ne seraient point intervenues, comme elles en ont le droit, dans l'instance devant la Cour.

Ainsi se trouvent définies l'étendue du pouvoir attribué à la Cour par le décret de 1892 et les matières sur lesquelles ce pouvoir s'exerce.

CHAPITRE III

DE LA PROCÉDURE, DE L'EXÉCUTION, DES VOIES DE RECOURS.

Nous diviserons l'étude de ce chapitre en trois sections et nous traiterons successivement de la procédure d'instance, de la procédure d'exécution et des voies de recours.

SECTION PREMIÈRE

DE LA PROCÉDURE D'INSTANCE.

§ 1. — Procédure d'instance devant le *cadi*.

Cette procédure est simple et peu coûteuse ; comme par le passé, on a eu à cœur de conserver aux indigènes les formes de procédure élémentaires de la loi musulmane.

« La demande est introduite devant le *cadi* soit par la comparution volontaire et simultanée des parties, soit par celle du demandeur seul. Dans ce dernier cas le *cadi*, par l'intermédiaire d'un *aoun* fait donner avis écrit au défendeur de comparaître devant lui au jour qu'il indique.

« En cas de non comparution sur cet avis, il accorde un délai, à l'expiration duquel il annonce publiquement, à l'audience, le jour où il prononcera son jugement et en fait donner avis au défendeur par l'*aoun* » (art. 20).

Ainsi deux hypothèses distinctes : ou bien les deux parties comparaissent volontairement et toute forme de procédure se trouve supprimée ; ou bien le demandeur comparait seul et alors le cadi fait donner au défendeur par l'aoun un premier avis d'avoir à comparaître, et si cet avis reste sans effet, un second avis indiquant que le jugement sera prononcé tel jour.

Au jour indiqué, le cadi rend son jugement. L'accomplissement de ces diverses formalités est mentionné à sa date sur un registre tenu à cet effet par l'adel et mis à la disposition de tous les intéressés.

Auprès de chaque mahakma sont placés des oukils chargés de représenter les parties ; leur ministère n'est pas obligatoire, les parties peuvent se présenter elles-mêmes ou se faire représenter par des parents (art. 20).

Dans le cas d'absence de l'Algérie d'un musulman pour fait de guerre au service de la France, et s'il n'est pas régulièrement représenté, aucun jugement ne peut être prononcé contre lui avant l'expiration de trois mois après la fin de la campagne (art. 21). Les jugements rendus par défaut, au cas où le défendeur ne comparait pas après les avis réitérés, ne sont pas susceptibles d'opposition (art. 20, *in fine*).

Les jugements sont inscrits dans les 24 heures du prononcé sur un registre *ad hoc*. L'article 22 qui pose cette règle énonce les mentions que le jugement doit contenir ; au nombre de ces mentions figurent la liquidation des dépens (art. 23) et la formule exécutoire (art. 25).

§ 2. — Procédure d'instance devant le juge de paix.

Cette procédure est organisée par les articles 27 à 35 des décrets.

Les juges de paix sont saisis, dans les contestations entre musulmans soit par la comparution volontaire des parties, soit par un avertissement délivré à la requête du demandeur. Cet avertissement contient les noms, professions et demeures du demandeur et du défendeur, le résumé succinct de la demande et l'indication des jour et heure de l'ouverture de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée (art. 28).

C'est le greffier qui est chargé de la rédaction des avertissements (art. 31).

C'est un agent indigène spécial l'aoun qui est chargé de leur remise (art. 27).

Les aouns ne sont que des agents de transmission, des porteurs d'avertissements ; l'article 14 les appelle à tort des huissiers, ils n'en ont point les fonctions ; il ne faut voir dans le texte de l'article 14 qu'une traduction du vocable musulman, et non le principe d'une assimilation de ces agents à des huissiers ; la preuve en est dans les articles 20 et 26 qui limitent rigoureusement le rôle des aouns à la remise des avis d'audience. C'est ainsi que la Cour d'Alger (1) a décidé que les aouns n'avaient aucun caractère d'officiers publics et ministériels, que spécialement ils n'avaient point qualité pour procéder à une saisie ; que tout acte de cette nature par eux accomplis était radicalement nul et légalement

(1) Alger, appel. correct., 8 juillet 1892 ; Robe, 1892, p. 278.

inexistant. C'est ainsi encore que la Cour de cassation dans son arrêt du 22 février 1894 (1) a indiqué nettement que les bachadels ou adels doivent se transporter eux-mêmes avec l'aoun pour procéder à une saisie par autorité de justice.

Dans les localités où il n'est pas attaché d'aouns spéciaux à la justice de paix, le service est assuré par les aouns du cadî ou par des agents désignés par le juge de paix.

Les avertissements sont remis à personne ou à domicile, par l'aoun, au siège même de la justice de paix ; si le destinataire est domicilié hors du siège de la justice de paix, l'aoun effectue la remise soit au bureau de la poste sous pli chargé, soit au bureau de l'administrateur civil, il ne remet plus lui-même l'avertissement (art. 33). Un autre système suivi en Kabylie oblige les aouns à délivrer les avertissements dans toute l'étendue du canton soit à personne, soit à domicile ; ce système est plus onéreux en ce sens que l'aoun obligé à un déplacement a droit à une rétribution plus forte, mais il semble que dans la pratique la remise des avertissements se trouve ainsi mieux assurée.

L'affaire est inscrite au rôle du greffe avant d'être portée à l'audience (art. 29).

On appelle l'affaire à l'audience indiquée sur l'avertissement délivré ainsi qu'il vient d'être dit. Si toutes les parties se présentent, elles sont entendues en leurs explications, et le jugement est rendu sur le champ. Il est loisible au juge, soit d'ordonner la remise des pièces et de renvoyer en ce cas le jugement à une prochaine

(1) Robe, 1894, p. 76.

audience, soit d'ordonner tous moyens d'instruction avant de statuer (art. 30). Mais dans la pratique on fait un devoir aux juges de paix d'user le moins possible de cette faculté de renvoi des affaires et de donner toujours une très prompte solution aux procès entre indigènes.

Lorsqu'une ou plusieurs parties ne comparaissent pas au jour indiqué, il est procédé ainsi qu'il suit : si c'est le demandeur qui ne se présente pas, le juge prononce la radiation de l'affaire.

Si c'est le défendeur le juge prend connaissance de l'affaire ; il déboute immédiatement si la demande ne lui paraît pas justifiée. Dans le cas contraire, la suite du texte indique que *si le juge estime que la demande nécessite un débat contradictoire*, il indique une audience ultérieure à laquelle l'affaire sera appelée pour recevoir jugement et qu'il est donné avis à la partie (c'est-à-dire au défendeur absent) du renvoi de l'affaire et de l'indication de l'audience fixée pour rendre le jugement. C'est ce que l'on appelle dans la pratique le deuxième avertissement, il est délivré dans les mêmes formes que le premier (art. 31). Si à cette audience la partie ne se présente pas, quoique dûment avertie, il est rendu jugement (art. 32) à moins qu'il ne soit justifié que la partie dont s'agit est absente de l'Algérie pour faits de guerre au service de la France ; en ce cas l'on applique l'article 21 qui est commun aux procédures suivies devant le *cadi* et devant le juge de paix.

D'après le texte de l'article 31 on remarquera que la formalité du second avertissement n'est nécessaire qu'autant que le juge estime qu'il y a lieu de procéder à un débat contradictoire ; il pourrait donc dans l'hypothèse inverse rendre jugement au profit du demandeur

sans faire appeler le défendeur par un second billet. On a critiqué cette latitude ainsi laissée au juge de paix. Comment, a-t-on dit, pourra-t-il en l'absence du défendeur, alors qu'il n'entend que le demandeur seul, juger la question de savoir si le procès nécessite ou non un débat contradictoire. Ne pourra-t-il pas léser ainsi le le défendeur qui, quoique averti, a pu se trouver dans l'impossibilité de se rendre à l'audience pour un motif légitime? L'inconvénient devient surtout sensible si l'on songe, ainsi que nous le verrons bientôt, que la voie de l'opposition n'est jamais ouverte, soit devant le cadí, soit devant le juge de paix. Cependant cette critique paraît justifiée; dans la pratique les juges de paix ne font qu'un très rare usage de la faculté qui leur est ainsi laissée; ils ne jugent en général qu'après avoir fait donner un second avertissement; ils apprécient en tous les cas si la partie a été suffisamment prévenue, si la défense a été assurée.

Faut-il conclure de ce qui précède que si le défendeur n'a pu être touché, si par exemple il est parti sans laisser de renseignements sur sa nouvelle adresse et qu'il y ait de la sorte tout lieu de croire qu'il n'a pas été prévenu, faut-il conclure, disons-nous, qu'aucune condamnation ne pourra être prononcée contre lui? On l'a jugé (1), on a dit que dans ce cas aucun jugement de condamnation ne pouvait être prononcé, qu'il appartenait seulement au juge de retenir la demande comme simple requête et d'y statuer à ce titre.

Mais il semble qu'il y ait là une exagération de l'idée suivant laquelle le juge peut apprécier si la partie se

(1) Justice de paix d'Alger, 30 juillet 1889; Robe, 1890, p. 160.

trouve suffisamment prévenue, et qu'en définitive on aboutisse par là à un déni de justice.

En droit un jugement peut toujours être rendu dès l'instant que les formalités de notification prescrites ont été remplies ; la partie se trouve dès lors légalement prévenue, si elle ne l'est pas en fait, elle l'a été en droit. Des motifs de convenance pourront dans certains cas conduire à reculer le jugement pour faire donner un nouvel avis, mais aucun obstacle juridique n'existe à ce que le jugement soit prononcé. Refuser de juger, parce qu'il apparaît impossible en fait que la partie ait été prévenue, c'est confondre le fait avec le droit, c'est, comme nous le disions plus haut, commettre un déni de justice certain. Si le défendeur est parti sans adresse, on remettra l'avertissement à son dernier domicile comme dans les formes prescrites par le décret, il devra dès lors être tenu pour cité, et il pourra être passé outre au jugement (1).

Nous venons de voir que la marche à suivre diffère suivant que telle ou telle partie comparait ou non. Quels sont maintenant les modes de comparution ? L'article 29, alinéa 2, dispose à cet égard :

« Les parties comparaissent toujours en personne, à moins d'empêchement absolu ; dans ce cas elles ne peuvent se faire représenter que soit par un parent, soit par un notable de leur tribu justifiant de sa qualité de mandataire, soit par un oukil ».

Ainsi, en justice de paix, les indigènes pour ne pas comparaître en personne et avoir le droit de se faire représenter, doivent d'abord justifier d'un empêchement

(1) En ce sens : Justice de paix d'Alger, 11 mars 1890 ; Robe, 1890, p. 160 et note sous ce jugement.

absolu qui sera ou bien un cas de maladie, ou bien un éloignement pour un service public et obligatoire ; une règle différente est suivie devant le cadi où il est toujours loisible aux indigènes de se faire représenter (1). L'empêchement absolu étant constaté et admis, le plaideur ne peut donner son mandat *ad litem* qu'à un parent, un notable de sa tribu ou un oukil. Il est certain que cette disposition a une portée essentiellement limitative et qu'ainsi les plaideurs ne peuvent se faire représenter par des agents d'affaires. « On a, dit-on, voulu soustraire le plaideur indigène à l'avidité de prétendus praticiens qui seraient tentés d'exploiter leur ignorance » ; le législateur a eu toute confiance dans les oukils qui sont en définitive les agents d'affaires près les justices de paix ; il n'est pas bien certain que cette confiance se trouve justifiée ; quoi qu'il en soit, le texte est formel, les agents d'affaires n'ont pas accès dans les prétoires musulmans ; le droit pour ces agents de représenter et d'assister les parties est un droit d'exception qui ne peut être consacré que par un texte spécial, ils ne se trouvent pas mentionnés dans l'article 29, donc ils sont exclus. Toute autre est la situation des avocats : les avocats, de par le privilège de leur ordre, ont le droit de plaider devant toutes les juridictions ; pour les dépouiller de cette prérogative, une disposition expresse de la loi serait nécessaire ; cette disposition ne se rencontre pas dans nos décrets, donc et bien qu'ils ne soient pas mentionnés dans l'article 29, les avocats peuvent assister le plaideur indigène (2).

(1) Cf. art. 20, avant-dernier alinéa, et art. 29, alinéa 2. D. de 1889.

(2) En ce sens, circulaire de M. le Procureur général d'Alger du 12 novembre 1889 et Tribunal de paix d'Alger, 10 mai 1892 ; Robe, 1892, p. 201.

Après l'accomplissement des formalités qui précèdent et après instruction de l'affaire à l'audience, le jugement est rendu. Le jugement rendu par défaut au cas où le défendeur ne comparait pas après les avertissements légaux, n'est pas susceptible d'opposition (art. 32, § 2) ; la règle est là même que pour les jugements de cadis.

Les minutes des jugements sont rédigées conformément à la loi française. Elles sont affranchies des droits de timbre et d'enregistrement. Elles mentionnent si les parties étaient ou non présentes au prononcé du jugement. Elles contiennent la taxation des frais (art. 34 et 35).

Le juge de paix n'a pas seulement à taxer les dépens dans le jugement sur le fond, il doit les apprécier au début de l'instance en vue de la consignation à faire entre les mains du greffier. On lit à ce sujet dans l'article 35 :

« Les frais auxquels peuvent donner lieu les instances suivies devant le juge de paix sont évalués par lui, avancés par la partie demanderesse et consignés entre les mains du greffier ».

Et l'article 26 ajoute : « la partie requérante peut être tenue de faire l'avance des frais d'exécution qui sont taxés par le juge de paix ». Il y a là un rôle tout spécial imposé par le décret aux juges de paix ; d'ordinaire c'est au greffier qu'incombe le soin de faire consigner la somme déterminée par lui ; on n'aperçoit pas bien le motif de cette dérogation aux règles du droit commun.

§ 3. — Procédure devant les tribunaux d'appel.

« L'appel des jugements rendus en premier ressort par les cadis ou les juges de paix n'est recevable que

dans les trente jours de la connaissance qui en est donnée aux parties par la remise d'un avertissement donné dans les formes ordinaires et contenant les noms, prénoms, professions, demeures des parties, la date du jugement attaqué, son dispositif et le tribunal duquel il émane ». Dans le cas d'absence pour faits de guerre, le délai est prorogé conformément à ce qui a été dit ci-dessus. Pour les jugements rendus en l'absence du défendeur, c'est-à-dire par défaut, le délai d'appel ne court que du premier acte d'exécution (art. 41).

Toutes ces règles relatives au délai d'appel sont strictes ; c'est ainsi que tant que l'avertissement prescrit au paragraphe 1^{er} de l'article 41 n'a pas été donné, l'appel est recevable, quel que soit le temps écoulé depuis le jugement, alors même que les parties auraient assisté au prononcé (1).

L'appel est interjeté par une déclaration faite à l'adel du cadi ou au greffe de la justice de paix. Il est délivré récépissé à l'appelant par l'adel ou le greffier, copie de la déclaration d'appel est remise par l'aoun à chacun des intimés (art. 42).

Le greffier ou l'adel qui a reçu la déclaration d'appel en donne avis au greffier du tribunal qui doit connaître de l'appel ; celui-ci informe le ministère public et fait inscrire l'affaire au rôle. Sur la réquisition du ministère public le président fixe le jour de l'audience et nomme un magistrat rapporteur. Enfin le greffier de la juridiction d'appel avise toutes les parties en cause du jour fixé et du nom du rapporteur. Il prévient l'appelant qu'il doit déposer au greffe trois jours au moins

(1) En ce sens, Alger, 17 avril 1889 ; Robe, 1889, p. 224 ; Cass., 24 mars 1891 ; Robe 1891, p. 134.

avant l'audience, des conclusions signées par un défendeur, un avoué ou un avocat, et l'intimé qu'il peut y répondre dans la même forme, mais un jour au moins avant l'audience (art. 43). La règle relative au dépôt des conclusions est stricte : si une partie bien que comparaisant ne dépose pas de conclusions, il doit être procédé par défaut contre elle (art. 44). En cause d'appel les parties comparaissent en personne ; elles peuvent cependant se faire assister ou représenter par un défenseur, un avocat ou un avoué (art. 43). Ici encore l'énumération des mandataires autorisés a une portée limitative ; on remarquera d'ailleurs que l'intervention d'une de ces trois catégories de mandataires est toujours nécessaire pour le dépôt des conclusions.

L'affaire vient à l'audience au jour fixé : le ministère public est entendu dans ses conclusions. La décision qui intervient condamne la partie qui succombe aux dépens et en fixe la taxe.

Nous avons vu que l'opposition n'était pas recevable contre les jugements des cadis ou des juges de paix ; il en est différemment en appel. Le défaut existe, nous le savons, soit parce que la partie ne comparait pas, soit parce qu'elle ne conclut pas. La partie défaillante a quinze jours à partir du premier acte d'exécution pour former opposition par une déclaration faite au greffe du tribunal d'appel. Faute d'opposition dans ce délai le jugement devient définitif (art. 44).

Avant de pousser plus loin l'examen de cette procédure d'appel, nous devons indiquer les modifications essentielles apportées par le décret du 25 mai 1892 à cette phase de la procédure que nous venons d'analyser ; le décret de 1892 a modifié les articles 43 et 44 du décret

de 1889 et consacré le système suivant : un rapporteur est spécialement chargé d'entendre les parties, de chercher à les concilier et, s'il ne peut y parvenir, de recueillir leurs déclarations pour préciser dans un rapport écrit leurs prétentions respectives. Les parties comparaissent en personne à l'audience. Il leur reste loisible de se faire assister ou représenter par un avocat, un défenseur ou un avoué ; mais le ministère de ces conseils n'est plus obligatoire et les honoraires qui pourraient leur être alloués demeurent, dans tous les cas, à la charge exclusive de la partie qui a requis leur assistance ; la nécessité de conclusions écrites disparaît par là même.

Telles sont les réformes fondamentales introduites par le décret de 1892 : le but a été de supprimer dans la mesure du possible tout intermédiaire entre le justiciable et le juge ; et de faire droit par là même aux doléances des indigènes qui se plaignaient des frais excessifs de la procédure d'appel (en ce sens, rapport précédant le décret de 1892).

Les jugements et arrêts rendus sur appel sont établis dans la forme ordinaire de la justice française, sur timbre et donnent lieu à un droit d'enregistrement fixe d'un franc (art. 47).

Mentionnons pour terminer quelques règles de droit commun applicables aux appels musulmans : on ne peut relever appel que des jugements définitifs ou interlocutoires ; si sur l'appel d'un interlocutoire, le juge d'appel infirme, il peut statuer sur le fond par évocation (art. 46 et arg. de cet article).

En matière musulmane, comme en matière civile, l'appelant n'est pas recevable à se désister de son appel

principal si ce désistement n'est pas accepté par l'intimé. S'il est repoussé, celui-ci a le droit de faire appel incident et de poursuivre en ce qui le concerne, l'infirmité du jugement déferé (1).

Il suit de là que les règles relatives au désistement en matière civile sont applicables en matière musulmane.

§ 4. — Procédure devant la Cour d'Alger.

Nous voulons parler ici de la procédure à laquelle donne lieu le pourvoi du Procureur général institué par le décret du 25 mai 1892. Elle est très simple, elle se résume ainsi :

Le délai dans lequel le pourvoi est recevable est limité à deux mois à dater de la prononciation du jugement. Il est formé par une déclaration signée du Procureur général au greffe de la Cour d'appel. Cette déclaration est notifiée par les soins du parquet et dans la forme spécifiée pour la remise des avertissements aux parties ayant figuré dans l'instance sur laquelle est intervenu le jugement frappé du pourvoi. La Cour doit statuer dans le délai d'un mois à compter de la réception au greffe du pourvoi et des pièces à l'appui. Le pourvoi est suspensif. Il est soumis à la Chambre spécialement désignée par le règlement de la Cour d'appel. Les parties peuvent intervenir dans l'instance. L'arrêt de la Cour est notifié sans frais par les soins du Procureur général aux parties intéressées. Il est transcrit sur les registres de la juridiction qui a rendu la décision objet du pourvoi, à la suite ou en marge du jugement annulé. La mi-

(1) En ce sens, Alger, 11 janvier 1888 ; Robe, 1888, p. 128.

nute de l'arrêt est rédigée conformément à la loi française. Elle est affranchie des droits de timbre et d'enregistrement. Elle mentionne si les parties étaient ou non intervenues dans l'instance et si elles étaient présentes au moment où l'arrêt a été rendu (art. 52, 53, 54, 56, 57, décret de 1892).

SECTION II

DE L'EXÉCUTION.

Nous retrouvons ici le principe général selon lequel les jugements rendus en matière musulmane ne peuvent être exécutés que suivant les formes de la loi musulmane ; nous avons déjà rencontré et étudié ce principe consacré par tous les actes législatifs antérieurs, il est formellement maintenu par les décrets de 1886 et de 1889. Nous y lisons :

ART. 24. — « Les jugements définitifs émanés des cadis sont mis à exécution par les soins de ces magistrats dans les formes de la loi musulmane ».

ART. 36. — « Les jugements des juges de paix sont exécutés selon les règles de la loi musulmane par les soins des cadis et des cadis-notaires ou des bachadels, et, à défaut, par un agent d'exécution désigné, pour chaque affaire par décision spéciale du juge de paix, rendue d'office ou sur la demande des parties ».

ART. 48. — « Les jugements et arrêts rendus par les juridictions d'appel sont exécutés par les mêmes agents que les jugements émanés des justices de paix ou par un agent spécial désigné par le tribunal ou par la Cour ».

Le décret du 25 mai 1892 parlant des arrêts rendus

par la cour d'Alger sur le pourvoi du Procureur général dit de même :

ART. 58. — « L'arrêt est exécuté selon les règles de la loi musulmane et, s'il y a lieu, par un agent spécial désigné par la Cour ».

Ainsi les jugements des cadis sont exécutés par les cadis eux-mêmes, ceux des juges de paix par les cadis, cadis-notaires, bachadels, à défaut, par un agent spécial désigné par le juge pour chaque affaire, ceux des tribunaux d'appel et les arrêts de la cour d'Alger par les mêmes agents que pour les justices de paix, avec cette différence que ces juridictions peuvent toujours désigner un agent spécial pour l'exécution. Dans tous les cas, l'exécution n'a lieu que suivant les formes de la loi musulmane.

Quelles sont exactement ces formes ? M. Robe les résume ainsi : « Tout cela est rudimentaire et même bien arbitraire, écrit-il ; l'agent d'exécution fait comparaître devant lui, par un moyen qui lui est propre et par l'aoun, la partie condamnée, et lui donne connaissance du dispositif du jugement ; si celle-ci s'exécute tout est fini. Si elle ne s'exécute pas et si aucun délai ne lui est accordé, il fait un inventaire sous forme de saisie des facultés mobilières du débiteur et les met en vente sur la place des ventes publiques et encaisse le prix. Quant aux immeubles, il les fait vendre devant le cadi, après quelques publications souvent insuffisantes, faites par le crieur public. L'intervention des huissiers ou d'un officier public quelconque pouvant donner l'authenticité ou une date certaine n'est pas admise ». M. Robe ajoute : « On peut aussi recourir à l'emprisonnement temporaire ».

Ce dernier point a donné lieu à une difficulté. Un jugement du tribunal d'Alger en date du 28 novembre 1892 (1) a décidé que la contrainte par corps ne pouvait être exercée envers les musulmans en matière civile. Le tribunal fonde sa solution sur les motifs suivants : « La loi du 22 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale et cette loi a été promulguée en Algérie, donc elle est applicable aux musulmans. La règle suivant laquelle les jugements en matière musulmane s'exécutent suivant les formes de la loi musulmane (art. 36) a uniquement pour but de soustraire les indigènes aux formalités coûteuses de la procédure française ; elle ne peut avoir pour effet de les rendre passibles de la contrainte par corps. Enfin les décrets de 1886 et de 1889 (art. 2) appliquent aux musulmans la loi française en matière personnelle et mobilière et il serait contradictoire d'autoriser pour l'exécution des jugements rendus en conformité de cette loi, une contrainte que cette loi a abolie »

On ne peut méconnaître la valeur de cette argumentation ; ce n'est cependant pas la doctrine qui prévaut. Dans la pratique, on autorise les cadis à user de cette voie de contrainte à l'égard des débiteurs musulmans et nous pensons que c'est un bien : les indigènes ont une facilité très grande pour soustraire leurs biens meubles à l'action de la justice, la contrainte par corps est souvent le seul moyen pratique d'obtenir paiement. Est-il maintenant possible de justifier cette voie d'exécution ? Nous le croyons. En dépit du tribunal d'Alger, la règle posée par l'article 36 du décret est aussi géné-

(1) Robe, 1893, p. 53.

rale que possible, elle porte que les décisions en matière musulmane « seront exécutées selon les règles de la loi musulmane ». Comment voir là le principe d'une distinction et d'une exclusion relative à l'un des modes d'exécution de la loi musulmane, à la contrainte par corps ? Et quant à l'article 2 qu'on invoque, il paraît bien qu'il se réfère seulement aux règles du jugement et non aux règles d'exécution puisque, un peu plus loin, ces dernières font l'objet d'un article distinct, l'article 36, qui prend soin d'indiquer que ce ne sera plus la loi française comme dans l'article 2, mais la loi musulmane qui s'appliquera. Nous concluons qu'il est utile de recourir à la contrainte par corps pour assurer l'exécution des jugements musulmans, que la pratique autorise ce mode d'exécution et qu'il est possible de justifier cette solution par les textes.

Le principe selon lequel les sentences en matière musulmane sont exécutées suivant les formes de la loi musulmane est en lui-même certain (1) et nous voyons la jurisprudence en tirer les conséquences logiques que nous avons rencontrées déjà sous la législation précédente.

Il ne saurait être pris d'inscription d'hypothèque judiciaire, dit un arrêt du 4 novembre 1886 (2), en vertu d'un jugement musulman « attendu que l'hypothèque judiciaire n'existe pas en droit musulman, qu'il est dès lors impossible de faire produire cet effet à un jugement de cette nature ».

On ne peut, dit à son tour le tribunal d'Oran (3), en

(1) Alger, 14 janvier 1887 ; Robe, 1887, p. 204 ; Guelma, 24 juin 1891 ; Robe, 1891, p. 449.

(2) Alger, 4 novembre 1886 ; Robe, 1886, p. 506.

(3) Oran, 28 octobre 1889 ; Robe, 1889, p. 488.

vertu d'un jugement musulman procéder suivant les règles du Code de procédure civile à une saisie réelle sur des immeubles français « attendu qu'il s'agit là d'une forme d'exécution de la loi française et qu'un titre musulman est impuissant à une exécution dans de telles formes ».

Il y a là un inconvénient fort grave que nous avons signalé déjà : c'est pour y porter remède que l'article 22 de l'ordonnance du 16 avril 1843 permettait au porteur d'un jugement musulman de demander l'exequatur au Président du tribunal civil ; le porteur du jugement pouvait alors exécuter selon la loi française sur les immeubles français du débiteur ; l'obstacle à l'exécution était ainsi levé ; mais si l'on admet avec la jurisprudence (1) que l'article 22 est abrogé on se trouve pris dans une impasse et l'on arrive à cette situation contradictoire que le porteur d'un titre exécutoire ne peut exécuter son débiteur. Une ressource lui reste : c'est d'actionner son débiteur déjà condamné devant la juridiction française de droit commun aux fins d'obtenir contre lui un titre susceptible d'être exécuté selon le Code de procédure.

Il y a là une véritable lacune dans la législation algérienne et l'on comprend que de très bons esprits refusent de reconnaître une situation aussi anormale, aussi dangereuse (2), qu'ils cherchent tout au moins à introduire des palliatifs. C'est ainsi que le tribunal de Mostaganem dans un jugement qui est peut-être plus fondé en équité qu'en droit a admis (3) que bien que les jugements mu-

(1) Arrêt déjà cité de la Cour d'Alger, du 16 avril 1858 ; Robe, 1886, p. 213.

(2) En ce sens note sous le jugement précité du tribunal d'Oran.

(3) Mostaganem, 20 mars 1889 ; Robe, 1889, p. 490.

sulmans ne soient exécutoires que selon les formes de la loi musulmane, ils sont cependant suffisants pour faire une saisie-arrêt dans les conditions de la procédure française, attendu que la saisie-arrêt, jusqu'au jugement de validité, n'est qu'une mesure conservatoire et n'a pas pour effet d'autoriser le tiers saisi à verser aux mains du saisissant.

Il devrait être décrété, ainsi que l'enseigne M. Robe, que les jugements rendus par la juridiction musulmane, lesquels ont la même formule exécutoire que ceux des tribunaux ordinaires, seront exécutés selon les formes de la loi musulmane pour les choses soumises au droit musulman, et selon les formes et conditions de la procédure française pour les choses régies par le droit commun.

Pour en terminer avec l'exécution nous devons citer l'article 49 aux termes duquel. « En cas de difficulté sur exécution, il est statué en référé conformément aux articles 806 et suivants du Code de procédure civile et au décret du 19 août 1854. Si le juge du référé estime qu'il y a lieu à interprétation de l'arrêt ou jugement il renvoie les parties à se pourvoir devant la juridiction qui a statué ».

Bien que ce texte soit inséré dans le chapitre II relatif à l'appel, il est bien certain qu'il pose une règle générale et qu'il doit s'appliquer aussi bien, que la décision émane du premier ou du second degré de juridiction. Quel sera maintenant le juge du référé ? Le texte de l'article 40 et les principes généraux conduisent aux solutions suivantes : 1° s'il s'agit d'un jugement du juge de paix à compétence restreinte le référé sera porté devant le président du tribunal civil ; 2° S'il s'agit d'un

jugement de cadi devant le président du tribunal ou devant le juge de paix à compétence étendue, suivant que le cadi siégera au chef-lieu d'arrondissement ou hors de ce chef-lieu ; 3° s'il s'agit d'un jugement du juge de paix à compétence étendue ou d'un jugement du tribunal d'arrondissement ayant statué en appel, devant le juge de paix ou le président du tribunal (1) ; 4° s'il s'agit enfin d'un arrêt de la Cour, devant le juge de paix à compétence étendue qui siège auprès du cadi chargé de l'exécution, mais toujours à charge d'appel devant la Cour (2).

SECTION III.

DES VOIES DE RECOURS.

Nous avons déjà parlé des voies de recours ordinaires : nous avons vu que l'opposition n'était ouverte que contre les décisions du second degré, jamais contre celles du premier degré (jugement de cadi ou jugement de juge de paix). On a cependant soutenu sur ce point que l'opposition devait être admise à l'encontre d'un jugement du juge de paix s'il était justifié que le double avertissement prescrit par les articles 31 et 32 du décret n'a pas été régulièrement délivré, et qu'ainsi la partie ne s'est pas trouvée « dûment avertie (3) ».

En ce qui concerne l'appel, nous avons vu que les tribunaux d'arrondissement et la Cour dans le système des décrets de 1886 et de 1889, les tribunaux d'arrondissement seuls depuis le décret du 25 mai 1892 connais-

(1) En ce sens, Alger, 8 février 1892 ; Robe 1892, p. 174.

(2) En ce sens, Alger, 10 décembre 1889 ; Robe 1890, p. 73.

(3) En ce sens, dissertation de M. le conseiller Yvernès insérée au *Journal de Robe*, année 1890, p. 177.

sont des appels relevés contre les jugements de *cadi* et de juge de paix.

Un recours spécial devant la Cour d'Alger a été institué par le décret précité de 1892, nous en avons étudié les conditions et les effets.

Il nous resté à parler des voies de recours extraordinaires de droit commun.

Le pourvoi en cassation est admis contre les jugements et arrêts définitifs en matière musulmane (art. 50). Il y a là une règle nouvelle ; la législation précédente proscrivait d'une manière absolue cette voie de recours (art. 37, décrets des 31 décembre 1859 et 13 décembre 1866). L'article 50 précité n'autorise le recours en cassation que pour incompétence ou excès de pouvoir.

Observons que le recours en cassation et le recours spécial devant la Cour d'Alger auront en règle générale leur sphère d'application distincte : le pourvoi en révision devant la Cour d'Alger n'existe que pour les matières réservées à l'application de la loi musulmane ; c'est principalement, au contraire, pour les autres matières que le recours en cassation aura à fonctionner.

L'article 50 consacre également la requête civile et la tierce opposition « dans les conditions prévues par les articles 474 et suivants du Code de procédure civile ». Il n'y a là qu'une confirmation de la jurisprudence antérieure qui, déjà sous la législation précédente, et malgré le silence des textes avait admis la possibilité de ces voies de recours en matière musulmane (1).

« Ces actions seront introduites et jugées dans les formes des actions principales auxquelles elles se rapportent. Si le recours s'adresse à une décision de la ju-

(1) *Suprà*, p. 197.

ridiction d'appel, la requête civile et l'action en tierce-opposition seront introduites dans les formes tracées pour l'appel par le décret du 25 mai 1892. Si au contraire le recours est dirigé contre une décision du cadi ou du juge de paix, on le produira par une déclaration écrite ou verbale entre les mains du bachadel ou du greffier. Les formalités de la procédure édictées par le Code ne sont pas applicables. L'article 50 en disposant que la tierce-opposition et la requête civile sont recevables dans les conditions des articles 474 et suivants, ne vise que les cas et causes de recours qui sont énoncés dans les articles et non les formes de l'attaque » (M. Robe).

La jurisprudence admet cette solution. C'est ainsi qu'elle décide (1) qu'il faut écarter les conditions matériellement inapplicables en matière musulmane et par exemple celles qui supposent l'intervention d'un avoué ou d'un huissier.

Un arrêt de la Cour d'Alger (2) a pensé qu'il fallait également tenir compte des règles essentielles de simplicité et de modération dans les frais qui régissent la procédure musulmane et qu'ainsi le demandeur en requête civile ne devait pas être soumis à la consignation d'une somme de 450 francs prescrite par l'article 494 du Code de procédure.

Cette dernière jurisprudence est la plus libérale, mais elle n'a pas été universellement admise ; le jugement précité du tribunal de Blida et un arrêt de la Cour d'Alger du 10 février 1892 l'ont repoussée en décidant qu'il n'appartenait pas aux tribunaux de démembrer le texte de l'article 50 sous couleur d'interprétation, qu'à la vé-

(1) Jugement de Blidah, 24 mars 1891 ; Robe, 1892, p. 145.

(2) Alger, 7 juin 1887 ; Robe, 1888, p. 42.

rité certaines formes, et par exemple celles relatives à l'intervention d'un officier ministériel, devaient être écartées comme incompatibles avec l'organisation même de la justice musulmane, mais qu'il n'en était point ainsi de la consignation.

CONCLUSION.

Nous terminons ici notre étude sur la justice musulmane. Si l'on jette un coup d'œil en arrière, si l'on songe aux nombreux actes législatifs, décrets et ordonnances qui ont réglementé la matière et que nous avons analysés aux cours de ce travail, on voit combien nombreuses, combien variées sont les solutions qui ont été données depuis la conquête à ce problème de l'administration de la justice aux indigènes.

La question était complexe, elle paraît avoir reçu sur plusieurs points une solution définitive.

On a retiré aux juges indigènes la justice répressive pour la confier aux magistrats français. A ces derniers seuls il appartient de poursuivre, de réprimer les infractions quelles qu'elles soient et quels qu'en soient les auteurs, indigènes ou français. Cette règle qui triomphe dès 1841 est admise sans conteste ; elle s'imposait ; tout le monde est d'accord ; nous n'insistons pas.

Pour la justice civile, le problème était plus délicat. On s'est d'abord contenté d'introduire au profit des indigènes la faculté d'appel devant nos tribunaux (ordon-

nance royale du 28 février 1841), et l'on a tout de suite justifié ce droit d'appel par des considérations de l'ordre le plus élevé. On les a reprises en 1859 quand il s'est agi de combattre le système transitoire du décret de 1854 qui avait rendu à la justice indigène son indépendance première. L'expérience de 1854 n'avait pas réussi, on n'a pas été tenté de la renouveler ; le droit pour les indigènes d'en appeler devant les tribunaux français est définitivement acquis.

Si l'accord a été tout de suite fait sur ce point, on s'est moins vite entendu sur l'organisation qu'il convenait de donner à ce droit d'appel. Plusieurs systèmes ont été essayés ; le dernier tel qu'il résulte des décrets de 1886, de 1889 et de 1892 paraît devoir être définitif : tous les tribunaux d'arrondissement, sans distinction, comme juges d'appel ; au sommet, la Cour d'Alger avec la mission d'unifier, de redresser au besoin la jurisprudence de ces tribunaux d'appel ; c'était, nous l'avons vu, la solution préconisée par M. le premier président de la Cour d'Alger et cette solution est passée dans la loi. Elle paraît avoir l'approbation de tous et donner entière satisfaction aux indigènes. Voilà un troisième point définitivement résolu.

Reste la question de l'administration de la justice musulmane au premier degré. Nous devons ici faire des réserves ; il est incontestable que l'organisation actuelle ne rallie point l'unanimité des suffrages.

Depuis 1866, un juge indigène, le *cadi*, un magistrat français, le juge de paix se partagent la connaissance au premier degré des affaires civiles entre musulmans. Le décret de 1866 a étendu la compétence des juges de paix en matière musulmane ; il en a fait de véritables

tribunaux de première instance ; il a été décidé que toutes les fois que les indigènes voudraient recourir à la justice française, ils pourraient s'adresser à la justice de paix, sans être obligés d'aller chercher leurs juges jusqu'au chef-lieu d'arrondissement. La juridiction des juges de paix comparée à celle des tribunaux d'arrondissement présente pour les indigènes des avantages incontestables ; nous les avons fait ressortir en étudiant la réforme opérée sur ce point par le législateur de 1866, il est inutile de les reprendre ici ; il n'est pas douteux que les justices de paix sont mieux à la portée des indigènes, et que par là on a atteint le but poursuivi qui était de faciliter aux Arabes l'accès de nos prétoires français.

Jusqu'alors, et le décret de 1866 ne touche point à cette règle, on se contentait d'offrir aux indigènes la justice française. On s'efforçait de la mettre bien à leur portée ; on les conviait en quelque sorte à y avoir le plus souvent recours ; mais ils restaient libres, et ils avaient toute latitude pour s'adresser de préférence à leur juge traditionnel, le cadi.

En 1886, la situation change : on n'offre plus seulement la justice française aux indigènes ; on la leur impose, on dépouille le cadi au profit du juge de paix. Depuis le décret de 1886, et sauf pour certaines matières exceptionnelles (statut personnel, statut successoral) les indigènes doivent porter obligatoirement leurs contestations devant le juge de paix. Pour la première fois, le juge de paix devient le juge de droit commun des litiges musulmans ; il a une compétence illimitée en premier ressort ; c'est sur lui que repose tout le contentieux musulman.

Il y a eu là, de la part du législateur de 1886, une réforme très radicale. Que faut-il penser de cette réforme ? Examinons.

Elle s'inspirait certainement de vues élevées : cette substitution du magistrat français au juge indigène est favorable à l'assimilation des races ; le parallèle établi entre le juge français et le juge indigène reste de beaucoup à l'avantage du premier. On donnait en définitive une justice meilleure aux indigènes ; et on les faisait entrer du même coup dans la voie de l'assimilation et du progrès. Il n'est pas douteux que sur le terrain des principes une telle réforme dût paraître excellente ; mais la question est de savoir si dans le fait et à l'aide des moyens pratiques dont on dispose, le but poursuivi se trouve atteint.

Quel est le juge des Arabes ? Nous l'avons dit, c'est le juge de paix, et qu'est-ce que le juge de paix d'Algérie ? C'est un jeune magistrat venu de France, entrant dans la carrière, sortant de l'Ecole et ignorant le plus souvent, pour ne point dire toujours, quand il rejoint son poste — la langue, les mœurs, la religion, la loi du peuple qu'il est appelé à juger. Ajoutez à cela qu'il est seul, loin des bibliothèques, loin des villes, loin de tout, souvent à cent kilomètres et plus du chef-lieu d'arrondissement, et qu'il se trouve ainsi dans l'impossibilité absolue de prendre les conseils éclairés des magistrats composant le tribunal dont il relève. Il est entièrement livré à lui-même, avec un pouvoir de juridiction illimité, sur un peuple qu'il ne connaît pas.

Il a pour lui son intégrité, sa droiture ; les Arabes le savent, ils vont vers lui avec confiance, avec bonheur

peut-être, car ils n'ont pas toujours rencontré ces qualités primordiales chez le juge indigène. Il y a là pour les Arabes une supériorité incontestable de la justice de paix sur la mahakma. Là, ils sont sûrs de trouver toujours une justice droite, honnête, consciencieuse ; mais y trouvent-ils au même degré une justice éclairée, toujours rendue suivant les véritables principes de la loi coranique ? Nous posons la question ; nous ne la résolvons pas.

La loi musulmane est tout l'opposé de notre loi française : elle procède de la révélation ; elle reste confondue avec la religion. Elle a ses conceptions spéciales, ses difficultés nombreuses, ses obscurités mêmes ; où donc le juge de paix l'a-t-il apprise ? Quelle école la lui a enseignée ? Les décrets lui font un devoir de l'observer dans la mesure qu'ils précisent (art. 2, décrets de 1886 et 1889) ; ne le mettent-ils point aux prises avec une difficulté peut-être insurmontable ? C'est le Code civil qu'on lui a enseigné ; c'est le Coran qu'on le charge d'appliquer.

Le problème ainsi posé en théorie, peut déjà paraître fort difficile ; il l'est bien plus encore dans la pratique. Pénétrons dans le prétoire : deux indigènes sont à la barre devant le juge de paix. Celui-ci ne comprend pas leur langue, il a besoin d'un interprète ; c'est seulement par la traduction de l'interprète que le juge de paix connaîtra les déclarations des parties. Cette traduction faite par l'interprète, et nous raisonnons dans l'hypothèse où elle est parfaitement fidèle et consciencieuse, rendra-t-elle jamais tout ce qu'il y a dans la déclaration du plaideur indigène ? En fera-t-elle connaître la phonétique exacte ? En reproduira-t-elle les intonations,

les nuances ? Il y a là une première difficulté, et elle est considérable : le juge de paix ne peut saisir sur le vif et telle qu'elle est faite la réclamation portée devant lui, Quoi qu'il en soit le premier indigène expose sa demande. Ce sont des grains, du bétail, ou une somme d'argent qu'il réclame. L'autre nie. J'ai des témoins dit le premier ; j'en ai aussi, reprend le second. On entend les témoins. Les dépositions ne sont toujours connues que par la traduction de l'interprète ; le résultat le plus ordinaire est le suivant : tous les témoins du demandeur répètent mot pour mot ce qu'il a dit, et de même ceux du défendeur reproduisent textuellement ses allégations. Chacun s'efforce d'ailleurs de récuser les témoins de l'autre sous des motifs variés : parenté, inimitié, subornation, etc. Des affirmations contradictoires, des témoins en nombre égal de part et d'autre, de prétendues collusions, tels sont les éléments du procès. Il peut paraître, on en conviendra, fort difficile de se former une opinion. Il y a la ressource suprême du serment qui se défère soit à la barre, soit le plus souvent à une mosquée ; mais de nouvelles difficultés surgissent ici. Certains usages locaux autorisent à déférer le serment non seulement à la partie elle-même, mais aussi à ses parents. La partie qui défère le serment va donc indiquer les parents de l'autre partie qui devront prêter le serment avec elle. Cette partie ne manque presque jamais d'alléguer que ces prétendus parents ne sont pas les siens, que d'ailleurs ils sont ennemis et en définitive quand elle perd son procès, elle déclare bien haut que c'est par le fait de ces soi-disant parents qui ont établi avec le demandeur une entente secrète. Les indigènes en question sont-ils ou non parents de la partie, sont-ils ou

non ennemis, des collusions sont-elles à craindre ? Voilà autant de questions analogues à celles que nous rencontrons pour les enquêtes et qu'il va être tout aussi difficile de résoudre pour le juge de paix. La difficulté se reproduira sans cesse puisque la preuve testimoniale est admise sans limitation entre indigènes et qu'elle constitue avec le serment les éléments presque exclusifs des décisions : en matière musulmane, les preuves écrites ne se rencontrent qu'à l'état d'exception.

La difficulté redouble si l'on tient compte de la mauvaise foi pour ainsi dire constante, voire même des supercheries des plaideurs indigènes. Nous avons vu le cas d'un Arabe réclamant à un autre Arabe une somme d'argent pour loyers d'un gourbi, d'une maison sise en tel endroit qu'il indiquait. L'autre de nier en ripostant : « mais cet indigène n'a jamais possédé de maison ; celle dont il parle n'existe pas ; c'est une vengeance qu'il exerce ; je ne lui dois rien ; je n'ai jamais été son locataire ». Il fut reconnu, en fait, que la maison n'existait pas et cependant le demandeur n'était point à court de témoins.

Est-il vrai que les deux plaideurs soient ennemis ? Est-il vrai que leurs témoins soient suspects ? Que valent ces témoignages ? Des collusions sont-elles à craindre ? Faut-il accueillir les récusations produites ? En définitive le procès lui-même n'est-il qu'une vengeance indirecte, qu'une comédie dans laquelle les parties se jouent indignement de la justice ? Voilà autant de points dont la solution paraît bien difficile, bien hasardeuse pour le juge de paix ; il est à craindre que souvent, dans les conditions où se présente le procès, il n'arrive point à démasquer la fraude. « Vous êtes exposé, nous disait

naguère un cadî, qui passe pour un excellent magistrat indigène et dont nous recueillions non sans intérêt l'opinion, à bien des méprises dans les enquêtes indigènes. Chez nous l'on se préoccupe avant tout de savoir ce que vaut le témoin cité à la barre: Suit-il bien sa religion? Ne manque-t-il pas la prière? Fait-il bien exactement le Ramadan? Quelles relations existent entre lui et les parties en cause? Voilà ce qui nous permet d'apprécier le témoin, de décider si nous devons l'entendre, de peser son témoignage, et tous ces points par la force des choses vous échappent. Les indigènes le savent bien, continuait notre interlocuteur, et plus d'un qui n'a pas le bon droit de son côté, préfère aller à la justice de paix parce qu'il croit là avoir plus de chance de surprendre la religion du juge ».

On fait valoir d'autres considérations d'ordre plus secondaire à l'encontre de la juridiction des juges de paix. On dit principalement que les frais faits devant eux sont plus élevés qu'à la mahakma; cette surélévation provient avant tout des droits considérables de traduction que doivent payer les indigènes à l'interprète pour leurs actes écrits.

Ce que nous avons dit en premier lieu constitue à notre sens la critique la plus sérieuse à diriger contre l'organisation actuelle. On a mis le juge de paix aux prises avec une tâche très lourde sans que peut-être il eût les moyens de la mener à bonne fin. Nous avons essayé de montrer combien, dans la pratique actuelle, il lui est difficile pour ne pas dire impossible, de voir clair dans les procès entre Arabes, et alors même que les questions à trancher apparaissent clairement, nous avons vu qu'il pouvait ne pas se trouver suffisamment

préparé à faire de la loi musulmane une saine application. Le juge de paix est exposé à des méprises, les Arabes ne l'ignorent pas ; plus d'un tente et réussit à surprendre sa bonne foi : la justice française risque de la sorte d'être détournée de sa véritable fonction ; elle risque de servir inconsciemment des rancunes entre Arabes, d'être employée à une besogne pour laquelle elle n'est pas faite : tant il est vrai que ce n'est point assez pour la justice d'être impartiale, elle a besoin d'être éclairée.

Ces raisons nous conduisent à penser que la réforme opérée par le législateur de 1886, se recommandait à coup sûr par des raisons d'ordre supérieur, mais qu'elle était prématurée. En fait, elle a produit un effet certain, c'est de donner à l'indigène un juge loyal en échange d'un autre qui plus d'une fois avait paru suspect. Le résultat avantageux de cette réforme s'est-il borné là ? Nous le croyons et nous avons montré à l'inverse les conséquences fâcheuses, les inconvénients graves, auxquels le système nouveau pouvait conduire. Qu'on s'attache donc par un choix très scrupuleux, par une surveillance très active à élever le juge indigène à la hauteur du juge français et à en faire un magistrat digne de ce nom ; qu'on lui rende ensuite toutes ses attributions juridictionnelles, qu'on fasse comme par le passé juger les indigènes par leurs cadis, que le juge de paix ne soit plus pour eux que le juge facultatif et d'exception, qu'il cesse d'être leur juge obligatoire et nous pensons qu'on donnera, pour l'heure présente, une solution meilleure à ce problème de l'administration de la justice musulmane en Algérie. Le législateur en introduisant dès 1889 la faculté pour les cadis de juger certaines contes-

tations sur les marchés (décret 17 avril 1889, art. 7), en développant depuis cette faculté (décrets des 25 mai 1892 et 11 juin 1894) semble l'avoir compris ; il faut souhaiter qu'il persévère dans cette voie et que cette innovation partielle soit le prélude d'une réforme plus complète.

Vu :

Le Président de la thèse,
J. LEVEILLÉ.

Vu :

Le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1

PREMIÈRE PÉRIODE.

LA JUSTICE MUSULMANE DE 1830 A 1854.

CHAPITRE I. — Organisation des juridictions.	4
CHAPITRE II. — De la compétence.	13
SECTION I. — Le procès s'agit entre un musulman et un non musulman.	14
1 ^o La matière est criminelle	15
2 ^o La matière est civile.	17
SECTION II. — Le procès s'agit entre musulmans seuls.	18
§ 1 ^{er} . — <i>Compétence du cadi</i>	18
1 ^o La matière est criminelle	18
2 ^o La matière est civile.	22
§ 2. — <i>Compétence du midjlès</i>	29
SECTION III. — Loi applicable aux divers procès où les musulmans sont parties (loi musul- mane ou loi française).	31
CHAPITRE III. — Procédure devant les tribunaux musul- mans. — Exécution de leurs senten- ces.	42
Règles spéciales aux tribunaux français qui jugent des musulmans.	49

DEUXIÈME PÉRIODE.

LA JUSTICE MUSULMANE DE 1854 A. 1886.

PREMIÈRE PARTIE.

JUSTICE MUSULMANE DANS LES RÉGIONS DU TELL
AUTRES QUE LA KABYLIE.

CHAPITRE I. — Organisation des juridictions	39
SECTION I. — Système du décret du 1 ^{er} octobre 1854. . .	59
SECTION II. — Système du décret du 31 décembre 1859. .	67
SECTION III. — Système du décret du 13 décembre 1866. .	73
CHAPITRE II. — De la compétence.	83
SECTION I. — Compétence générale de la justice musul-	
mane	84
§ 1. — <i>Au point de vue des personnes</i>	85
A. 1 ^{re} Règle.	87
B. 2 ^o Règle.	104
§ 2. — <i>Au point de vue de la matière du procès</i>	107
A. Matières criminelles.	109
B. Matières civiles.	112
1 ^o Soumission conventionnelle à la loi française . .	112
2 ^o Soumission légale.	113
Il s'agit d'une matière de statut personnel . .	113
Il s'agit d'une matière de statut réel.	119
a) La matière est mobilière	120
b) La matière est immobilière.	123
SECTION II. — Compétence et attributions propres des	
divers tribunaux institués en matière	
musulmane.	163
§ 1. — <i>Système du décret de 1854</i>	163
§ 2. — <i>Système du décret de 1859</i>	167
§ 3. — <i>Système du décret de 1866</i>	175
CHAPITRE III. — De la procédure, de l'exécution, des	
voies de recours.	186
SECTION I. — Règles posées par les décrets	186

SECTION II. — Compétence et attributions propres des divers tribunaux en matière musulmane	284
§ 1. — <i>Juridictions du 1^{er} degré</i>	285
A. Le cadi	285
B. Le juge de paix	292
§ 2. — <i>Juridiction du 2^e degré</i>	340
A. Tribunaux d'appel proprement dits . .	340
B. La Cour d'Alger	344
 CHAPITRE III. — De la procédure, de l'exécution, des voies de recours	 345
SECTION I. — Procédure d'instance	345
§ 1. — <i>Procédure d'instance devant le cadi</i>	345
§ 2. — <i>Procédure d'instance devant le juge de paix</i> . .	347
§ 3. — <i>Procédure d'instance devant les tribunaux d'ap- pel</i>	323
§ 4. — <i>Procédure d'instance devant le tribunal d'Alger</i>	327
SECTION II. — De l'exécution	328
SECTION III. — Des voies de recours	334
CONCLUSION	339

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot. — J. THEVENOT, successeur, St-Dizier (Haute-Marne).
